موانع الضمان في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتور محمد محمود دوجان العموش

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

تشرين الثاني ٢٠٠٥م

نوقشت هذه الأطروحة (موانع الضمان في الفقه الإسلامي) وأجيزت بتاريخ ٢٥ / ١٠/ ٢٠٠٥م

أعضاء لجنة المناقشة	**التوقيـــــــــع**
الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة ، مشرفاً أستاذ الفقه المقارن – الفقه وأصوله	---------------
الأستاذ الدكتور عبد ا إبراهيم الكيلاني أستاذ الفقه المقارن – الفقه وأصوله	----------------
الدكتور محمد خالد منصور أستاذ مشارك في الفقه – الفقه وأصوله	----------------
الأستاذ الدكتور قحطان عبد الرحمن الدوري أستاذ الفقه المقارن – الفقه وأصوله /جامعة آل البيت	----------------

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى كل المؤمنين برسالة العلم الشرعي من العلماء وطلبة العلم . . .

إلى كل المضحين بأموالهم وأنفسهم من أجل إعلاء كلمة الله تعالى . . .

إلى كل من علمني وأدبني ، وكل من له فضل عليَّ في دروب العلم الطويلة . . .

إلى جميع الإخوة في الله ، وجميع الأصدقاء والأحباب . . .

إلى روح والدي رحمه الله تعالى وأسكنه فسيح جنانه . . .

إلى والدتي الغالية ، وإخوتي وأخواتي . . .

إلى زوجتي ، وأبنائي ، وبناتي . . .

أهدي لهم هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

بعد إتمام هذه الأطروحة بتوفيق من ا تعالى أولاً وآخراً ، لا يسعني إلا أن أتقدم بعظيم الشكر ، ووافر التقدير ، وعظيم الامتنان إلى كل من :-

ـ الجامعة الأردنية ، أم الجامعات الأردنية ودرتها ، ممثلة برئيسها ، الأستاذ الدكتور عبد الرحيم الحنيطي ، هذه الجامعة التي أتاحت لنا سبيل العلم والمعرفة ، فأسأله تعالى أن تبقى منارة للعلم والعلماء .

ـ كلية الشريعة ، ممثلة بعميدها الدكتور عبد المجيد الصلاحين ، وجميع أعضاء الهيئتين التدريسية والإدارية ، على حسن معاملتهم ، وحسن عطائهم .

ـ أستاذي ومشرفي الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة ، الذي مد لي يد العون والمساعدة ، ووجهني خير توجيه ، ولم يبخل علي بجهده وعطائه ، فأسأل ا تعالى أن يطيل في عمره ، وأن يجعل هذا العمل في ميزان حسناته .

ـ أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة ، **الأستاذ الدكتور قحطان الدوري** ، **والأستاذ الدكتور عبد ا الكيلاني** ، **والدكتور محمد خالد منصور** ، الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الأطروحة ، فأشكرهم على جهدهم وتعبهم وعلى ما قدموه من ملاحظات قيمة أسهمت في تهذيب هذا الجهد البشري ، وعملت على الرفع من قيمته وقدره ، فجزاهم ا خير الجزاء ، وأمدهم بالصحة والعافية ، وأسأل ا تعالى أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم.

فهرس المحتويات

موانع الضمان في الفقه الإسلامي

إعداد

محمد محمود دوجان العموش

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد القضاة

ملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع موانع الضمان في الفقه الإسلامي ، هادفة إلى إظهار الحالات التي يمتنع فيها ترتب الضمان في مختلف أبواب الفقه الإسلامي .

في الباب التمهيدي من هذه الدراسة ، قمت بتعريف موانع الضمان من حيث اللغة والاصطلاح ، ثم قمت بتعريف موانع الضمان كمركب إضافي .

وفي الباب الأول : بينت موانع الضمان في حال إتلاف المال ، وعرفت مفهوم إتلاف المال ، وذكرت شروط ضمان إتلاف المال .

ثم بينت في الفصل الأول موانع الضمان في الجانب المالي للعبادات . ثم بينت في الفصل الثاني موانع الضمان في مختلف أنواع العقود . ثم بينت في الفصل الثالث موانع ضمان الأفعال الضارة بالأموال . ثم بينت في الفصل الرابع موانع الضمان في الأحوال الشخصية والشهادات .

وفي الباب الثاني : تحدثت عن موانع ضمان الجنايات والحدود ، فقمت بتعريف الجناية والحد لغة واصطلاحاً ، ثم ذكرت شروط ضمان الجناية على النفس .

ثم بينت في الفصل الأول موانع ضمان الجناية على النفس وما دونها . ثم بينت في الفصل الثاني موانع ضمان جنايات الحدود والردة والبغاة .

ثم بينت في الخاتمة أهم الاستنتاجات التي توصلت لها الدراسة .

بسم ا الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد رب العالمين العادل الحكيم ، الذي جعل العدل أساساً بين الناس في فض الخصومات ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد :

سوف أتناول في هذه المقدمة التي وضعتها للتعريف بهذه الدراسة الحديث عن : أهمية الموضوع ، ومسوغات اختياره ، وإشكالية الموضوع ، وحدود المشكلة ، ومنهجية الدراسة .

***أهمية الموضوع :**

يبحث موضوع هذه الدراسة في (**موانع الضمان في الفقه الإسلامي**) ، فالفقه الإسلامي بحث في مسائل موانع الضمان سواء أكان مانعاً لضمان الأنفس ، أم مانعاً لضمان الأموال ، وذلك في حال الاعتداء عليها عمداً ، أو خطأً ، مما يؤدي إلى إهلاكها أو تلفها ، ويوجب تعويض صاحبها عنها .

إن الشريعة الإسلامية رفعت لواء العدالة وتحقيقها بين الناس ، للمحافظة على حقوق الناس ، وصيانتها من كل أذى ، فجعلت من هذه العدالة قانوناً أبدياً يحكم علاقات الناس الاجتماعية والمالية ، فالقضاة والحكام يستخدمون هذا القانون ومبادئه لفض الخصومات بين الناس ؛ لأن النفوس والأموال لها حرمة عظيمة عند ا سبحانه وتعالى ، والمال يعد قريناً للروح .

إن موضوع موانع الضمان له أهمية عظمى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؛ لأن أكثر الخصومات والمنازعات تقع فيه ، خاصة مع كثرة حوادث إتلاف الأموال ونحوها في واقع الحياة اليومية ، فمن أتلف مالاً أو متاعاً لغيره وجب عليه أن يضمن بدل هذا الإتلاف ؛ لأنه لا يجوز للشخص أن يعتدي على الغير سواء أكان اعتداء مادياً أو معنوياً .

من خلال هذه الدراسة سأقوم بعون ا تعالى ببيان النواحي النظرية والعملية ، والحلول الواقعية لموضوع موانع الضمان ، وسيكون الحديث مفصلاً عن الحالات التي يمتنع فيها الضمان عند فقهاء المسلمين .

***مسوغات اختيار الموضوع :**

هنالك عدة أسباب شجعتني ودفعتني لاختيار هذا الموضوع ، وهي :

١-أن الكتابة في موضوع (موانع الضمان) تعالج موضوعاً اقتصادياً هاماً ، لأن إتلاف أموال الآخرين يؤدي إلى إلحاق الضرر باقتصاديات الدول والأفراد ، فجاء تشريع الضـمان لحمايـة حقوق الناس ، لكن هذا الإتلاف ربما لا يترتب عليه الضمان في بعض الحالات .

٢-رغبتي الأكيدة في دراسة هذا الموضوع دراسة مقارنة ، وجمع شتاته في مؤلف واحد يسهل على طالبيه إدراكه . خاصة أن هذا الموضوع لم يكتب به كموضوع مستقل حسب اطلاعـي ، وفي حدود علمي ، علماً بأنني بحثت عمن كتب في هذا الموضوع ،ولم أدخر في سـبيل ذلـك جهداً ، فلم أجد من كتب به .

٣-إظهار صلاحية الشريعة الإسلامية على معالجة جميع مشاكل الحياة اليومية معالجة جذرية ، فهذه الشريعة الغراء صالحة لكل زمان ومكان بما حباها ا تعالى من مرونـة وقـدرة علـى مواكبة التطورات في كل زمان ومكان . ودحض الافتراءات التي ترى أن هذه الشـريعة هـي شريعة عبادة لا تقوى على مسايرة شؤون الحياة اليومية السياسية والاقتصادية والاجتماعيـة ... الخ .

***إشكالية الدراسة :**

يمكن أن تتضح مشكلة موضوع (موانع الضمان) من خلال الإجابة على التسـاؤلات الآتية :

١-هل كل اعتداء على أنفس وأموال الآخرين يستوجب الضمان على الإطلاق ؟

٢-هل توجد موانع شرعية تمنع من ترتب الضمان حال الاعتداء على الأنفس والأموال ؟

٣-هل جميع المذاهب الفقهية متفقة على رأي واحد في موانع الضمان أم أن هنالـك اختلافـات بينها ؟

***حدود الدراسة :**

في هذه الدراسة سأقوم بتناول أهم أحكام موانع الضمان من وجهة نظر الفقه الإسلامي ، مع التركيز على مذاهب أهل السنة والجماعة بشكل خاص ، وهي : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، ثم الاستئناس بآراء بقية المذاهب حيثما تيسر ذلك ، مع ذكر أقوال فقهاء الصـحابة والتابعين ومن بعدهم .

***الدراسات السابقة :**

توجد عدة دراسات ورسائل جامعية وكتب حديثة بحثت في موضوع الضمان بشكل عام ، ولا توجد أية دراسة علمية بحثت موضوع موانع الضمان في الفقه الإسلامي بشكل متكامل ، وما وجدته في هذه الدراسات والكتب مما يخدم موضع بحثي هي جزئيات بسيطة تتعلق ببعض مفردات خطة هذا البحث ، وسأقوم بعرض هذه الدراسات والمؤلفات على النحو الآتي :-

أولاً : الرسائل الجامعية : وهي على النحو الآتي :

١-ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة مع القانون ، تأليف : محمد نجدات محمد المحمد ، إشراف الأستاذ الدكتور : وهبة الزحيلي ، رسالة دكتوراه ، في الفقه وأصوله ، جامعة دمشق ، ٢٠٠٣ م .

وقد ذكر الباحث حالة واحدة من الحالات التي يمتنع فيها الضمان ، وذلك عندما تحدث عن القاعدة الفقهية التي تقول : (إذا سقط الأصل سقط الفرع) ، فذكر أنه لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، أو وهبه له امتنع ضمان الرهن وانقلب أمانة .

فهذه الرسالة العلمية لم تتعرض لموضوع موانع الضمان في الفقه الإسلامي ، إلا في الجزئية التي ذكرتها آنفاً .

ثانياً : الكتب ، وهي على النحو الآتي :-

١-الضمان في الفقه الإسلامي ، تأليف : الأستاذ علي الخفيف ، معهـد البحـوث والدراسـات العربية ، جامعة الدول العربية .

تحدث المؤلف عن شئ من موانع الضمان ، وبين متى يمتنع التضمين ، فذكر خمـس حالات : أن يكون الإتلاف بحق ، حق الدفاع الشرعي ، أكل الشخص مال الغير عند الضرورة، رضا المضرور بالضرر ، عدم الفائدة في التضمين .

وحديث المؤلف عن هذه الموانع غير شامل لجميع موانع الضمان ؛ لأن موانع الضمان في الفقه الإسلامي أكثر مما ذكره الأستاذ في هذه العجالة ، كما أن حديثة عنها تم بشكل مـوجز ، بحيث لم يعقد مقارنات بين المذاهب الفقهية ، ولم يذكر أدلة الفقهاء على ما ذهبوا إليه .

٢-نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، تأليف : الأستاذ الدكتور محمـد فـوزي فـيض ا ، الطبعة الأولى ، دار التراث ، الكويت ، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

تحدث المؤلف في هذا الكتاب من خلال الباب الثالث عن موضوع ارتفاع الضـمان ، وتحدث في المبحث الأول تحديداً عن الأحوال التي ينتفي فيها الضمان ، وذكر من هذه الأحوال

ما يأتي : أحوال الدفاع ، حال الضرورة ، في حال تنفيذ أمر الرئيس ، في حال إذن المالك ، في حال إذن ولي الأمر .

صاحب هذا الكتاب تعرض لموضوع موانع الضمان في الفقه الإسلامي ، لكن طرحه لها لم يكن كاملاً فهنالك موانع أخرى لم يتعرض لها . كما أنه بحث هذه الموانع بشكل مختصر ومقتضب ، ولم يتعرض لمقارنة هذه الموانع في جميع المذاهب الفقهية .

٣-ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي ، تأليف : الدكتور سليمان محمد أحمد ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

تحدث المؤلف عن الإعفاء من الضمان ، وذكر من حالات الإعفاء من الضمان ما يأتي : استعمال الإنسان حقه ، إذن صاحب المال نفسه ، إذن ولي الأمر ، حالة الدفاع الشرعي ، ودفع الصائل . في هذا الكتاب تحدث المؤلف عن بعض موانع الضمان ، ولم يتحدث عنها جميعها ، كما أنه لم يتوسع في الحديث عنها .

٤-نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، تأليف : الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٢م .

ذكر المؤلف قاعدة (**المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد**) ، فهذه القاعدة تدل على حالة من حالات امتناع الضمان وهي عدم التعمد ، ووضح هذه القاعدة من خلال مجموعة من الأمثلة التوضيحية . ثم ذكر قاعدة : (**الجواز الشرعي ينافي الضمان**) ، ومعنى ذلك أن الفعل الضار إذا كان جائزاً مطلقاً غير ممنوع شرعاً ، فلا ضمان على الفاعل ، وضرب العديد من الأمثلة التوضيحية التي توضح هذه القاعدة . ثم ذكر قاعدة (**لا ضمان على المبالغ في الحفظ**) ، كالوديع إذا بالغ في حفظ الوديعة ثم سرقت فلا ضمان عليه . ثم ذكر قاعدة (**جناية العجماء جبار**) ، أي أن جناية الحيوان بالإتلاف هدر ، فلا يضمن صاحبه قيمة المتلف إذا لم يكن هذا الحيوان عقوراً ولم يفرط مالكه في حفظه حيث يجب عليه حفظه . وذكر على هذه القاعدة العديد من الأمثلة التوضيحية .

في هذا الكتاب لم يتعرض المؤلف لموضوع موانع الضمان في الفقه الإسلامي بشكل مفصل وموسع إلا من خلال القواعد الفقهية التي ذكرناها فيما تقدم .

لذلك سوف أقوم بدراسة موانع الضمان في الفقه الإسلامي بشكل موسع ، وذلك من خلال حصر هذه الموانع في كل باب من أبواب الفقه ، ثم حصر الأمثلة التي توضح هذه الموانع ، ومن ثم حصر الأقوال الفقهية في كل مثال ، ودراستها دراسة مقارنة ، وترجيح القول الأقوى من حيث الدليل .

***منهجية البحث :**

ستكون المنهجية التي سأسير هي المنهج العلمي القائم على المناهج الآتية :

١-المنهج الاستقرائي : حيث سأقوم باستقراء وتتبع المسائل الفقهية الخاصة بموانع الضمان ، وأجمعها من أمهات الكتب الفقهية الخاصة بمذاهب أهل السنة والجماعة بشكل خاص وببقية المذاهب الأخرى بشكل عام وحيثما أمكن ، وكذلك من كتب التفسير ، وكتب الحديث النبوي الشريف ، وكتب التراجم مع الاستعانة بالكتب الحديثة .

٢-دراسة المسائل الفقهية دراسة مقارنة ، مع التركيز بشكل خاص على مذاهب أهل السنة والجماعة ، والاستئناس ببقية المذاهب ما أمكن ، وذلك في كل مسألة ، مع ذكر أقوال الفقهاء الذين لم تشتهر لهم مذاهب ، مراعياً التسلسل الزمني للمذاهب الفقهية وذلك على النحو الآتي : المذهب الحنفي ، ثم المالكي ، ثم الشافعي ، ثم الحنبلي ، ثم الظاهري ، ثم الزيدي ، ثم الإباضي ، ثم الإمامي ، ثم الفقهاء الذين لم تشتهر لهم مذاهب .

٣-مناقشة الأدلة الشرعية لكل مذهب أو قول ، ثم بيان الرأي الراجح على حسب قوة الدليل ، مع بيان وجه ذلك الترجيح ، ملتزماً في ذلك بالموضوعية وعدم التعصب لرأي دون رأي .

٤-التعريف ببعض الأعلام غير المشهورين الذين ترد أسماؤهم في البحث ، ولا أترجم للصحابة رضوان ا عليهم لشهرتهم ، معتمداً على كتب التراجم والأعلام والسير ، وأضع الترجمة في الهامش السفلي لكل صفحة .

٥-الرجوع إلى المعاجم اللغوية والفقهية ، لبيان ما غمض من مصطلحات وألفاظ ، وبيان المفاهيم اللغوية والاصطلاحية لكل ما يحتاج إلى بيان .

٦-عزو الآيات القرآنية إلى مظانها ، وتخريج الأحاديث النبوية وبيان حكم العلماء عليها .

٧-ترتيب المصادر الفقهية في الهوامش حسب التسلسل التاريخي للمذاهب الفقهية ، ثم الكتب الحديثة .

***خطة الدراسة :**

تكونت خطة الدراسة من : مقدمة ، وتمهيد ، وبابان ، وخاتمة ، فذكرت في المقدمـة : أهمية الموضوع ، ومسوغات اختياره ، وإشكالية الدراسة ، وحدود الدراسة ، ومنهجية البحث .

وتم تقسيم خطة الدراسة على النحو الآتي :

الباب التمهيدي : تعريف موانع الضمان ، ومشروعيتها ، ويتضمن الفصول الآتية :

الفصل الأول : تعريف موانع الضمان ، ويتضمن المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف المانع لغةً واصطلاحاً ، ويتضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف المانع لغةً .

المطلب الثاني : تعريف المانع اصطلاحاً .

المبحث الثاني : تعريف الضمان لغةً واصطلاحاً ، ويتضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الضمان لغة .

المطلب الثاني : تعريف الضمان اصطلاحاً .

المبحث الثالث : تعريف موانع الضمان اصطلاحاً .

الفصل الثاني : مشروعية موانع الضمان وقواعده الفقهية ، ويتضمن المباحث الآتية :

المبحث الأول : مشروعية موانع الضمان .

المبحث الثاني : قواعد موانع الضمان الفقهية .

الباب الأول : موانع الضمان في حال إتلاف المال ، ويتضمن تمهيداً ، والفصول الآتية :

التمهيد : ويتضمن المباحث الآتية :

المبحث الأول : مفهوم إتلاف المال .

المبحث الثاني : شروط ضمان إتلاف المال .

الفصل الأول : موانع الضمان في الجانب المالي للعبادات ، ويتضمن المباحث الآتية :

المبحث الأول : موانع الضمان في مسائل الطهارة .

المبحث الثاني : موانع الضمان في مسائل الصلاة .

المبحث الثالث : موانع الضمان في مسائل الزكاة .

المبحث الرابع : موانع الضمان في مسائل الحج .

المبحث الخامس : موانع الضمان في مسائل الأضحية .

الفصل الثاني : موانع ضمان العقود المالية ، ويتضمن المباحث الآتية :

المبحث الأول : موانع ضمان عقود المعاوضات المالية ، ويتضمن المطالب الآتية :

الباب التمهيدي

تعريف موانع الضمان ومشروعيتها

ويشتمل على الفصول الآتية :

الفصل الأول : تعريف موانع الضمان .

الفصل الثاني : مشروعية موانع الضمان .

الفصل الأول

تعريف موانع الضمان

ويشتمل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف المانع لغةً واصطلاحاً .

المبحث الثاني : تعريف الضمان لغةً واصطلاحاً .

المبحث الثالث : تعريف موانع الضمان اصطلاحاً .

الفصل الأول

تعريف موانع الضمان

تمهيد : في هذا الفصل سوف أقوم بتعريف كل من المانع والضمان من حيث اللغة ، ومن ثم سأقوم بتعريفهما من حيث الاصطلاح باعتبارهما من المصطلحات الخاصة ، وبعد ذلك سوف أعرف موانع الضمان باعتباره مركباً إضافياً وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف المانع لغةً واصطلاحاً .

المبحث الثاني : تعريف الضمان لغةً واصطلاحاً .

المبحث الثالث : تعريف موانع الضمان اصطلاحاً .

المبحث الأول

تعريف المانع لغةً واصطلاحاً

في هذا المبحث سوف يكون الكلام في تعريف المانع من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف المانع لغةً .

المطلب الثاني : تعريف المانع اصطلاحاً .

المطلب الأول

تعريف المانع لغةً

المانع : مأخوذ من المنع : (مَنَعَ) ، المنع أن تحول بين الشخص وبين الشيء الذي يريده ، ويقال : هو تحجير الشيء ، مَنَعَه يَمنَعه مَنْعاً ومَنَعَه فَامتَنَعَ مِنْه وتَمَنعَ ، والمانع من صفات الله تعالى[١] . والمنع ضد الإعطاء ، وقد منع من باب قطع ، فهو مانع ومنوع ومناع ، ومنعه عن كذا فامتنع منه ، ومانعه الشيء ممانعة[٢] . فالمعنى اللغوي يدل على المنع من ترتب الحكم بناء على وجود أمر آخر منع منه .

---

(1)ابن منظور ، محمد بن مكرم . **لسان العرب** ، ط١٥،١م ، دار صادر، بيروت ،ج٨ ، ص ٣٤٣ .

(2)الرازي ، محمد بن أبي بكر . **مختار الصحاح** ، ١م ، (تحقيق محمود خاطر) ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ص ٢٦٥ .

المطلب الثاني

تعريف المانع اصطلاحاً

عرفَ المانع بتعريفات عدة ، وهي تعريفات أصولية وليست فقهية ، منها :

١-عرفه الشافعية : بأنه وصف وجودي ظاهر منضبط معرف نقيض الحكم[١] .

٢- وعرفه الحنابلة : عرفه صاحب روضة الناظر : المانع وهو ما يلزم من وجوده عدم الحكم[٢] .

٣- وعرفه د. الزلمي : بأنه منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً[٣] . ومعنى ذلك : أنه إذا وجد سبب من الأسباب فهذا السبب يؤدي إلى المنع من ترتب الحكم ، ومثال ذلك : إذا قتل الوارث مورثه يكون القتل وهو السبب مانعاً من ترتب الحكم وهو الميراث ، رغم أن القتل يبقى سبباً حقيقياً فالسبب لا يتغير بتغير الحكم .

هذه هي أهم التعريفات للمانع ، وهي تعريفات متقاربة في المعنى وإن اختلفت في اللفظ ، وكلها يدور حول المعاني الآتية :

١- أن وجود المانع يلزم منه ارتفاع الحكم .

٢- أن المانع يمنع من ترتب الحكم على السبب ، لكن السبب لا يرتفع ، بل يبقى سبباً حقيقياً .

الترجيح : بعد أن استعرضنا بعض تعريفات المانع أرى أن التعريف الراجح هو ما ذهب إليه د. الزلمي في تعريفه للمانع ، وذلك للأسباب الآتية :

١- الوضوح والبساطة في التعريف .

٢- العمق والشمول في توضيح معنى المانع .

---

(1) البجيرمي ، سليمان بن عمر . **حاشية البجيرمي** ، ٤م ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر ، تركيا ، ج٣ ، ص ٣٤١ . الشرواني ، عبد الحميد . **حواشي الشرواني** ، ١٠م ، دار الفكر ، بيروت ، ج٧ ، ص٢٤٨ .

(2) ابن قدامة ، عبد ا بن أحمد . **روضة الناظر وجنة المناظر** ، ط٢ ، ١م ، (تحقيق عبد العزيز السعيد) ، جامعة الإمام محمد ، الرياض ، ١٣٩٩هـ ، ص ٥٨ . البعلي ، علي بن محمد . **المختصر في أصول الفقه** ،١م ،(تحقيق محمد مظهر بقا) ،جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، ص ٦٧ .

(3) الزلمي ، مصطفى ، **أصول الفقه في نسيجه الجديد** ،ط٩،١م،شركة الخنساء ، بغداد ، ج٢ ، ص ٢٥٥ .

المبحث الثاني

تعريف الضمان لغةً واصطلاحاً

في هذا المبحث سوف يكون الكلام في تعريف الضمان لغةً واصطلاحاً ، وأيضاً تعريف موانع الضمان كمركب إضافي من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الضمان لغةً .

المطلب الثاني : تعريف الضمان اصطلاحاً .

المطلب الأول

تعريف الضمان لغةً

يطلق الضمان في اللغة العربية ويراد به عدة معانٍ منها :

١- **الحفظ والرعاية :** قال النبي ﷺ ﴿ **الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن** ﴾ [1] . أراد بالضمان هنا الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم صلاتهم ، وقيل : إن صلاة المقتدين به في عهدته وصحتها مقرونة بصحة صلاته فهو كالمتكفل لهم صحة صلاتهم[2] .

٢- **الالتزام والغرامة :** ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني غرمته فالتزمه [3] . يشهد لذلك

([1])رواه الترمذي واللفظ له ، محمد بن عيسى . **سنن الترمذي** ، ط٢ ، ٥م ، (تحقيق عبد الرحمن عثمان) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٣هـ ، باب"١٥٣" ما جاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن ، حديث رقم "٢٠٧" ، ج١ ، ص١٣٣-١٣٤ . **وقال الترمـذي :** سمعت أبا زرعة يقول : حديث أبي صالح عن أبي هريرة أصح من حديث أبي صالح عن عائشة ، **وقال الترمذي :** وسمعت محمداً يقول : حديث أبي صالح عن عائشة أصح ، وذكر عن علي بن المديني أنه لم يثبت حديث أبي صالح عن أبي هريرة ، ولا حديث أبي صالح عن عائشة فـي هـذا . ورواه أبو داود ، أبو داود السجستاني ، سليمان بن الأشعث . **سنن أبـي داود** ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق سعيد محمد اللحام) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٠م ، باب"٣٢" ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت ، حديث رقـم "٥١٧" ،ج١ ، ص ١٢٧ . ورواه ابن ماجة ، محمد بن يزيد . **سنن ابن ماجـة** ، ٢م ، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ، دار الفكر ، بيروت ، باب"٤٧" ما يجب على الإمام ، حديث رقم "٩٨١" ، ج١ ، ص ٣١٤ . وأخرجه أحمد ، ابن حنبل ، أحمد . **مسند أحمـد** ، ٦م ، دار صـادر ، بيـروت ، ج٦ ، ص ٦٥ . ورواه الحـاكم ، الحـاكم النيسابوري ، محمد بن محمد . **المستدرك على الصحيحين** ،٤م،(تحقيق يوسـف المرعشـلي) ،دار المعرفـة، بيروت،١٤٠٦هـ ، ج١ ، ص ٢١٦ . **وقال الحاكم :** هذا حديث صحيح على شرط مسلم . **قـال فـي مجمـع الزوائد :** رواه أحمد والطبراني في الكبير ، ورجاله موثوقون.الهيثمي،نورالدين . **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، ١٠م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٨م ، باب الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن ، ج٢ ، ص ٢. **قال الزيلعي :** في سندهما اضطراب لكن رواه أحمد في مسنده بسند صحيح ، قال في التنقيح : روى مسلم في صحيحه بهذا الإسناد نحواً من أربعة عشر حديثاً . الزيلعي ، عبد ا بن يوسف . **نصب الراية لأحاديث الهداية** ، ط١ ، ٦م ، (تحقيق أيمن شعباني) ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٥م ، ج٢ ، ص ٦٦. ورد الحديث بعدة أسانيد بعضـها ضعيف وبعضها صحيح ، فنأخذ بالصحيح منها فنحكم بصحة هذا الحديث بناء على الأسانيد الصحيحة .

([2])ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١٣ ، ص ٢٥٨ .

([3])الفيروزآبادي،محمد بن يعقوب .**القاموس المحيط** ،١م،مؤسسة الرسالة، بيروت ، ص ١٤٦٥.

حديث النبي ﷺ ﴿ **الخراج بالضمان** ﴾ [1] .

٣- **شغل الشيء بغيره واشتماله عليه :** وضمن الشيء الشيء أودعه إياه ، كما تودع الوعـاء والمتاع والميت القبر وقد تضمنه هو [2] .

٤- **الكفالة :** الضمين الكفيل ، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به ، وضمنه إياه كفلـه [3]. وضَمِنَ الشيء وبه كعلم ، ضمانا وضمنا فهو ضامن وضمين كفله [4] .

ولعل أقرب هذه المعاني بصدد دراستنا هذه هو الالتزام والغرامة ، و كذلك الكفالة .

المطلب الثاني

تعريف الضمان اصطلاحاً

استخدم الفقهاء كلمة الضمان اصطلاحاً في معنيين من المعاني اللغوية للضمان ، وهما :

أولاً : الكفالة : وعرفه الفقهاء بعدة تعريفات ، وتعريفاتهم هذه لا تعنينا في موضوع بحثنا ؛ لأن موضوعنا ليس عن الكفالة ، وإنما عن الالتزام والغرامة ، ومع ذلك سأذكر هذه التعريفات فـي الهامش لندرك مدى اختلافها عن موضوع بحثنا[5] .

---

(1)رواه الترمذي واللفظ له ، **سنن الترمذي** ، حديث رقم "١٣٠٤"،ج٢ ، ص ٣٧٧ . **قـال الترمـذي** : وهـذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة . ورواه أبو داود ، **سنن أبي داود** ، حديث رقم "٣٥٠٨، ٣٥٠٩"، ج٢ ، ص ١٤٥ . ورواه ابن ماجة ، **سنن ابن ماجة** ، حديث رقم "٢٢٤٢"،ج٢، ص ٧٥٤ . وأخرجه الحاكم **وقال :** " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه " . الحاكم ، **المستدرك** ،ج٢ ، ص ١٥ .

(2)ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١٣ ، ص ٢٥٧ .

(3)المصدر نفسه ، ج١٣ ، ص ٢٥٧ .

(4)الفيروزآبادي **القاموس المحيط** ، ص ١٤٦٥.

(5)**عرفه الحنفية :** ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة ، أو في حق أصل الدين . السمرقندي ، محمد بن أحمد. **تحفة الفقهاء** ، ط٢ ،٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٣ ، ص٢٣٧ .

وعرفه المالكية : شغل ذمة أخرى بالحق . الحطاب ، محمد بن محمد . **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ط١ ، ٨م ، (تحقيق زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ ، ج٧ ، ص ٢٩ . الدسـوقي ، محمد بن عرفه.**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**،٤م، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ج٣ ، ص ٢٣٤ .

وعرفه الشافعية : التزام دين(أو حق) ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار بدن من يستحق حضوره . الشربيني ، محمد بن أحمد . **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، ٢م ، دار المعرفة ، بيروت ، ج١ ، ص ٢٨٨ . الأنصاري ، زكريا بن محمـد . **فـتح الوهـاب** ، ط١ ، ٢م ، (تحقيـق دار الكتـب العلميـة) ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت،١٤١٨هـ ، ج١ ، ص ٣٦٤ .

وعرفه الحنابلة : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق ، فيثبت في ذمتهما جميعاً . ابن قدامة ، عبد ا بن أحمد . **المغني** ، ١٢م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج٥ ، ص ٧٠ .

وعرفه الزيدية : تقرير الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالباً مع الأصل . المرتضى ، أحمد بن يحيـى . **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** ، ط١ ، ٥م ، مطبعة السنة المحمدية ومطبعة السعادة ، مصـر ، ١٩٤٧م ، ج٥ ، ص ٧٥ .

وعرفه الإمامية : عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممـن عليـه مثلـه . العلامـة الحلـي . **قواعـد الأحكـام** ،ط٣،١م،(تحقيق مؤسسة النشر)، مؤسسة النشر الإسلامي،قم،١٤١٣هـ ،ج٢ ، ص ١٥٤ . ابن فهـد الحلـي . **المهذب البارع** ، ٥م ، (تحقيق مجتبى العراقي) ، جامعة المدرسين ، قم ، ١٤١١هـ ، ج٢ ، ص ٥١٩ . إن هذه التعريفات للضمان بمعنى الكفالة لا تعنينا في موضوع بحثنا ، وإنما ذكرتها للفائدة ؛ لأن مـا يهمنـا هـو الضمان بمعنى الالتزام بالتعويض .

ثانياً : الالتزام والغرامة : وقد عرفه الفقهاء بالتعريفات الآتية :

١- **عرفه الحموي**[1] **:** ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة ، والقيميات بالقيمة لا بالثمن[2] .

٢- **عرفه الغزالي** [3] **:** واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة[4] .

٣- **عرفه الشوكاني** [5] **:** عبارة عن غرامة التالف [6] .

٤- **عرفه الزرقاء :** التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير [7] .

٥- **عرفه الزحيلي :** هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع ، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[8] .

إن الذي يعنينا في بحثنا من تعريفات الضمان التعريفات الدالة على معنى الالتزام بالتعويض والغرامة ؛ لأنه المقصود في تعويض الآخرين عما لحقهم من أضرار مادية بسبب الاعتداء على أموالهم أو أنفسهم .

الترجيح : من خلال هذه التعريفات الكثيرة التي أوردها الفقهاء للضمان بمعنى الغرامة أرجح تعريف د. وهبة الزحيلي ، وذلك لما يأتي :

١- أن هذا المعنى دل على المقصود من الضمان بمعنى الالتزام والغرامة .

٢- أنه يتناول كلاً من المسؤولية المدنية والجنائية فيما يتعلق بالجانب المالي المترتب عليها .

٣-أنه نص على تعويض المنافع في حال تلفها .

٤-أن التعويض يشمل الأضرار الجزئية والكلية .

---

(١)**الحموي :** هو أحمد بن محمد الحسني الحموي الحنفي ، له باع في كثير من أنواع العلوم ، من مؤلفاته : غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، وكشف الرمز عن خبايا الكنز ، توفي سنة ١٠٩٨هـ . انظر ، كحالة ، عمر رضا ، **معجم المؤلفين** ، مطبعة الترقي ، دمشق ، ١٩٥٧م ، ج٢ ، ص ٩٣ .

(٢)ابن عابدين ، محمد بن أمين . **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، ٦م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥م . حيدر ، علي . **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، ط١ ، ٤م ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩١م ، مادة (٤١٦) ، ج١ ، ص ٤٤٨ .

(٣)**الغزالي :** هو محمد بن محمد ، الإمام حجة الإسلام ، أبو حامد الغزالي ، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ ، تولى المدرسة النظامية ببغداد ، من أئمة الشافعية ، له مصنفات كثيرة منها : إحياء علوم الدين ، البسيط ، الوسيط ، الوجيز ، توفي سنة ٥٠٥هـ .انظر،ابن قاضي شهبة ، أحمد بن محمد . **طبقات الشافعية** ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق الحافظ عبد العليم خان) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٧هـ ، ج٢ ، ص ٢٩٣-٢٩٤ .

(٤)الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد . **الوجيز** ،٢م، مطبعة الآداب والمؤيد ، مصر ،١٣١٧هـ،ج١،ص٢٠٨ .

(٥)**الشوكاني :** هو محمد بن علي الشوكاني ، من علماء اليمن المشهورين بالحديث ، والأصول ، والفقه ، كان واسع الاطلاع ، غزير العلم ، توفي سنة ١٢٥٠هـ ، له عدة مؤلفات منها : نيل الأوطار ، السيل الجرار ، إرشاد الفحول . انظر ، الثعالبي ، محمد بن الحسن الحجوي ، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي** ، مطبعة إدارة المعارف ، الرباط ، ١٣٤٠هـ ، ج٣ م ص ٦٩-٧٠ .

(٦)الشوكاني ، محمد بن علي .**نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** ، ٤م ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٣م ، ج٦ ، ص ٤١ .

(٧)الزرقاء ، مصطفى . **المدخل الفقهي العام** ، ط١٠،٢م ، دار الفكر، دمشق ، ف(٦٤٨) ، ج٢ ، ص ١٠٣٢.

(٨)الزحيلي ، وهبة ، **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي** ، ط٢ ، ١م ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٨م ، ص ١٥ .

المبحث الثالث

تعريف موانع الضمان

بعد أن عرفنا كلاً من المانع والضمان من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية باعتبارهما من المصطلحات الخاصة ، فسوف أقوم بتعريف موانع الضمان باعتباره مركباً إضافياً ، علماً بأنني لم أقف في حدود اطلاعي وبحثي على أي تعريف لموانع الضمان كمركب إضافي ، لذلك سأقوم بتعريفه معتمداً على تعريف الفقهاء لكل من المانع والضمان ، بحيث أخرج بتعريف لموانع الضمان باعتباره مركباً من كلمتي الموانع والضمان ، فأقول وبا التوفيق أن موانع الضمان يمكن تعريفها بالتعريف الآتي :

موانع الضمان : هي الأوصاف التي تمنع من ترتب الالتزام بالتعويض المالي للغير بسبب الضرر اللاحق بالمال أو النفس أو ما دون النفس .

شرح التعريف :

- **الأوصاف :** مفردها وصف وهو مصدر ، والوصف اسم جنس يقع على كثيره وقليله ، وهو لا يكون إلا قولاً[1] ، وهي أوصاف حقيقية.

- **التي تمنع من ترتب :** أي أن هذه الأوصاف إذا وجدت وتحققت تكون مانعة من ترتب الالتزام على من أتلف لغيره متاعاً أو شيئاً .

- **الالتزام :** الالتزام بمعنى الضمان ، فإذا وجدت بعض الأوصاف في التصرفات تكون مانعة من الضمان[2] .

- **بالتعويض المالي :** إي بأداء الغرامة المالية أو الالتزام المالي .

- **للغير :** أي للأشخاص الذين تضرروا من إلحاق الضرر بممتلكاتهم ، فيخرج بذلك من أتلف مال نفسه .

- **بسبب الضرر اللاحق :** أي بسبب الأضرار المادية أو المعنوية التي تلحق بممتلكات الآخرين.

- **بالمال أو النفس أو ما دون النفس :** فإلحاق الضرر قد يلحق بالأموال بمختلف أنواعها ، أو بالنفس أي بقتلها ، أو ما دون النفس وهي الأضرار التي تصيب أعضاء الإنسان دون الموت كالجراحات والكسور ونحوها .

---

(1) العسكري ، أبو هلال ، **معجم الفروق اللغوية** ، ط١ ، ١م ، (تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي) ، جامعة المدرسين ، قم ، ١٤١٢هـ ، ص ٥٧٣ .

(2)سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي** ، ط٢ ، ١م ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٨هـ ، ص ٢٢٤ .

الفصل الثاني

مشروعية موانع الضمان وقواعده الفقهية

جاءت الشريعة الإسلامية للمحافظة على الضروريات الخمس وهي : الدين ، والنفس ، والعرض ، والعقل ، والمال ، وعدم الاعتداء عليها بدون وجه حق ، وجعلت المحافظة على النفس والمال من مقاصد الشريعة الإسلامية ، ورتبت على الاعتداء على كل من النفس والمال عقوبات رادعة وزاجرة حفظاً لهما وبياناً لأهميتهما ، لذلك نجد أن الشريعة الإسلامية شرعت موانع الضمان ، ومن خلال هذا الفصل سيتم تأصيل هذه الموانع ، والحديث عن القواعد الفقهية في موانع الضمان ، وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : مشروعية موانع الضمان .

المبحث الثاني : قواعد موانع الضمان الفقهية .

المبحث الأول

مشروعية موانع الضمان

سوف أقوم من خلال هذا المبحث على تأصيل نظرية موانع الضمان من خلال الأدلة الواردة في كتاب الله تعالى ، أو في السنة النبوية المشرفة ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الأدلة من الكتاب الكريم : ومنها :

١- قوله تعالى:﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴾ (1) .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾ (2) .

وجه الدلالة من الآيات : تدل الآيات بعمومها على أن من عوقب بمثل ما فعل فلا ضمان على من عاقبه .

٣-قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (٣) .

---

(١) سورة النحل ، الآية / ١٢٦ .
(٢) سورة الشورى ، الآية / ٤٠ .
(٣) سورة النور ، الآية /٣٣ .

وجه الدلالة : أن المكْرَه إكراهاً ملجئاً على فعل شيء ليست عليه أدنى مسؤولية في تصرفاته ، فلا يضمن ولا يعاقب .

ثانياً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة والآثار :

١- حديث : أن ناقة البراء بن عازب ﷺ دخلت حائط [1] رجل فأفسدته ، فقضى رسول ا ﷺ ﴿ **على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل** ﴾ [2] .

وجه الدلالة : أن ما أفسدت الماشية بالنهار من مال الغير فلا ضمان على أهلها ومـا أفسـدت بالليل ضمنه مالكها؛ لأن العرف يقضي أن أصحاب الحـوائط والبسـاتين يحفظونهـا بالنهـار وأصحاب المواشي بالليل ، فمن خالف هذه العادة كان خارجا عن رسوم الحفظ ، هذا إذا لم يكن مالك الدابة معها ، فإن كان معها فعليه ضمان ما أتلفته سواء كان راكبها أو سائقها أو قائدها أو كانت واقفة وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو فمها [3] .

٢- قوله ﷺ : ﴿ **لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد** ﴾ [٤] .

وجه الدلالة : أنه لا يجمع بين الحد والضمان،فالسارق إذا أقيم عليه الحد فلا يضمن ما سرق[5] .

٣- قوله ﷺ ﴿ **من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقئوا عينه** ﴾[٦] .

٤- قال ﷺ ﴿ **لو أن امرأً اطلع عليك بغير إذن فحذفته[٧] بحصاة ففقأت عينه لم يكـن عليـك جناح** ﴾[٨] .

([١])**الحائط:** البستان إذا كان عليه حائط وهو الجدار . انظر ، ابن منظور ، **لسـان العـرب** ، ج٧ ، ص ٢٧٩ . العظيم آبادي ، محمد شمس الحق ، **عون المعبود شرح سنن أبي داود** ، ط٢ ، ١٤م ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت ، ١٤١٥هـ ، ج٩ ، ص ٣٥٠ .

([٢])رواه أبو داود واللفظ له ، **سنن أبي داود** ، باب"٥٦" المواشي تفسد زرع قوم ، حديث رقم "٣٥٦٩" ، ج٢ ، ص ١٥٧ . وأخرجه أحمد ، **مسند أحمد** ، ج٥ ، ص ٤٣٦ . ورواه الشافعي ، الشافعي ، محمد بن إدريـس . **اختلاف الحديث** ، ١م ، ص ٥٦٦ . **قال الشافعي:** فأخذنا به لثبوته باتصاله ، ومعرفة رجالـه .انظـر ، نفـس المصدر . وانظر أيضاً ، ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي . **تلخيص الحبير** ،٢م ، (تحقيق عبد ا اليماني) ، المدينة المنورة ،١٩٦٤م ،باب ضمان ما تتلفه البهائم ،حديث رقم "١٨١٨" ، ج٤ ، ص ٨٦ .

([٣])العظيم آبادي ، **عون المعبود** ، ج٩ ، ص ٣٥٠ .

([٤]) رواه البيهقي ، أحمد بن الحسين ، **السنن الكبرى** ، ١٠م ، دار الفكر ، بيـروت ، ج٨ ، ص ٢٧٧ . ورواه الدارقطني ، علي بن عمر ، **سنن الدارقطني** ، ط١ ، ٤م ، (تحقيق مجدي بن منصور) ، دار الكتب العلميـة ، بيروت ، ١٩٩٦م ، ج٣ ، ص ١٢٩ . قال أبو حاتم : هذا حديث منكر . انظر ، الزيلعي ، **نصب الرايـة** ، ج٤ ، ص ٢١٦ .

([٥])الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٣٥٢ .

([٦])رواه مسلم واللفظ له ، القشيري ، مسلم بن الحجاج ، **صحيح مسلم** ،٨م، دار الفكر، بيروت ،ج٦،ص١٨١.

([٧])**حذفته :** أي رميته بحصاة . انظر ، النووي ، يحيى بن شرف ، **شرح النووي على صحيح مسـلم** ، ط٢ ، ٩م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،١٣٩٢هـ ، ج١٤ ، ص ١٣٨ .

([٨])رواه البخاري بلفظه ، **صحيح البخاري** ، ج٨ ، ص ٤٥ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٦ ، ص ١٨١ .

وجه الدلالة من الحديثين :أن من نظر في بيت غيره ففقأ صاحب الدار عينه فلا ضمان عليه ؛ لأنه متعدٍ في فعله [١].

٥- قال رسول ا ﷺ ﴿ **من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن** ﴾[٢] .

وجه الدلالة : يدل مفهوم الحديث أن من كان من أهل الطب فلا ضمان عليه ، أما إذا لم يكـن من أهل الطب ، فهو ضامن ؛ لأنه متعدٍ في فعله[٣] .

٦- قاتل رجل رجلاً آخر فعض أحدهما يد صاحبه فانتزع يده من فيه ، فنزع ثنيته ، فاختصـما إلى رسول ا ﷺ فقال ﴿ **يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل**[٤]**،لا دية لك** ﴾[٥] .

وجه الدلالة : أن العاض متعدٍ في فعله ، وليس له العض بحال ، كما أن المعضوض يحق له الدفاع عن نفسه ولا يضمن ما يترتب على ذلك[٦] .

٧- قول رسول ا ﷺ ﴿ **من أودع وديعة فلا ضمان عليه** ﴾[٧] .

وجه الدلالة : أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالمودَع والمستعير[٨] .

٨-قال ﷺ ﴿ **ليس على المستعير غير المغل**[٩]**ضمان،ولا على المستودع غير المغـل ضـمان**﴾ .[١٠]

([١])النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١٤ ، ص ١٣٨ .

([٢])رواه النسائي ، أحمد بن شعيب ، **سنن النسائي** ، ط١ ،٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٣٠م ، ج٨ ، ص ٥٣ . ورواه ابن ماجة واللفظ له ، **سنن ابن ماجة** ، حديث رقم " ٣٤٦٦ " ، ج٢ ، ص ١١٤٨ . ورواه أبو داود ، **سنن أبي داود** ، حديث رقم " ٤٥٨٦ " ، ج٢ ، ص ٣٨٧ . وأخرجه الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، ج٤ ، ص ٢١٢ .**وقال الحاكم :** هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . **قال في عون المعبود :** أخرجه الحاكم في المستدرك ، وقال صحيح وأقره الذهبي . انظر ، العظيم آبادي ، **عون المعبود** ، ج١٢ ، ص ٢١٥ .

([٣])ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،٢م ، (تحقيق خالد العطار) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ ، ج٢ ، ص ٣٤٢ .

([٤])**الفحل :** الذكر من الإبل . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١١ ، ص ١٦٠ .

([٥])رواه البخاري بلفظه ، محمد بن إسماعيل ، **صحيح البخاري** ، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠١هـ ، ج٨ ، ص ٤١ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٠٤ .

([٦])لشافعي ، محمد بن إدريس ، **كتاب الأم** ، ط٢ ، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ج٦ ، ص ٣١ .

([٧])رواه ابن ماجة واللفظ له ، **سنن ابن ماجة** ، حديث رقم " ٢٤٠١ " ، ج٢ ، ص ٨٠٢ . **قال ابـن ماجـة :** إسناده ضعيف لضعف المثنى والراوي عنه . في إسناده المثنى بن الصباح وهو متروك . انظر ، المطيعـي ، **تكملة المجموع** ،٢٠م ، دار الفكر ، بيروت ، ج١٤ ، ص ١٧٧ . **وقال الزيلعي :** رواه ابن حبان فـي كتـاب الضعفاء ، وأعله بابن لهيعة . الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٥ ، ص ٢٤٠ .

([٨])المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٨ .

([٩])**غير المغل :** من لا خيانة عنده . انظر ، الزمخشري ، محمود بن عمر. **الفائق في غريب الحـديث** ، ط١ ، ٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ ، ج٢ ، ص ٤٤١ . السرخسي ، محمد بن أبي سهل ، **المبسوط** ، ٣٠م ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦هـ ، ج١١ ، ص ١٣٥ .

([١٠])رواه الدارقطني واللفظ له ، **سنن الدارقطني** ، ج٣ ، ص ٣٦ . **وقال الدارقطني :** عمرو وعبيدة ضـعيفان .ورواه عبد الرزاق ، الصنعاني ، عبد الرزاق . **مصنف عبد الرزاق** ، ١١م، تحقيق(حبيب الرحمن الأعظمي) ، المجلس العلمي ، حديث رقم "١٤٧٨٢" ، ج٨ ، ص ١٧٨ . **وقال الزيلعي :** إن عبيدة يروي الموضوعات عـن الثقات . الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٥ ، ص ٢٣٨ .

٩-قال علي ﷺ (ما من رجل أقمت عليه حداً فمات ، فأجد في نفسي أنه لا دية له ، إلا شارب الخمر ، فإنه لو مات وديته ؛ لأن النبي ﷺ لم يسنه) [١] .

وجه الدلالة : أن الإمام إذا أقام الحد على شخص فمات من الحد فلا ضمان عليه في ذلك[٢] .

١٠- قوله ﷺ : ﴿ **العجماء جرحها جبار** ﴾[٣] .

وجه الدلالة : أن فعل الدابة هدر لا ضمان فيه ؛ لأنه غير صالح بأن يكون موجباً على صاحبها ولا ذمة لها في نفسها[٤] .

---

(١) أخرجه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٨ ، ص ١٤ .
(٢)الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٣٣٥- ٣٣٦ .
(٣) رواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٢٨ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٤ ، ص ٤٣ . البهوتي ، منصور بن يونس ، **كشاف القناع عن متن الإقنـاع** ، ط١ ، ٦م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ ، ج٤ ، ص ١٥٤ .

المبحث الثاني

قواعد موانع الضمان الفقهية

سوف أتناول في هذا المبحث القواعد الفقهية الخاصة بموانع الضمان ، وذلك على النحو الآتي :

١- قاعدة (**يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ، ما لم يكن مجبراً**) [1] . **ومعنى ذلك :** أنه لو أمر شخصاً شخصاً آخر بأن يعقد عقداً يتعلق بالمأمور نفسه ، كان المأمور العاقد هو الملتزم بعقده ، ولو أن العقد في غير مصلحته . بخلاف ما لو أكرهه الآمر على العقد ، فإن له الخيار في الإمضاء أو الفسخ بعد زوال الإكراه [2] . **وذهب ابن حزم :** إلى أن كلاً من الفاعل والآمر فاعلان لكل ذلك [3] .

مستثنيات هذه القاعدة : لهذه القاعدة مستثنى واحد وهو أنه لو أمر رجل مكلف صبياً بإتلاف مال فأتلفه فالضمان في مال الصبي حسب المادة(٩٦٠)[4] ،إلا أن لوليه الرجوع على الآمر بما دفعه من مال الصبي ، بخلاف ما لو كان الآمر صبياً فليس للولي حق الرجوع عليه [5] .

٢- قاعدة (**إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر**) [6] . **ومعنى ذلك :** أن اجتماع المتسبب والمباشر في حادثة يكون بأن يتخلل بين عمل المتسبب وحدوث الحادثة فعل شخص آخر مختار ، فهذا الشخص يكون مباشراً ، فيضاف الفعل إليه ؛ لأنه ألصق به من المتسبب السابق ، ويضمن الضرر ولو كان المتسبب معتدياً ، لوجود من هو أولى بتحمل التبعة ، وهو المباشر . وعليه : لو حفر شخص في الطريق العام حفرة دون إذن ، فجاء شخص آخر وألقى في الحفرة حيواناً لغيره ، فيضمن الملقي الحيوان دون الحافر[7]. وخالف بعض المالكية

---

(1)حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مادة(٨٩) ، ج١ ، ص٩٠- ٩١ . ابن رشد . **بداية المجتهد** ، ج٢، ص ٣٢٣ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ١٥ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٣٠ .

(2)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص ٣٢٣ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ١٥ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٣٠ . الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٦٥٦) ، ج٢ ، ص ١٠٤٢-١٠٤٣ .

(3)ابن حزم ، علي بن أحمد ، **المحلى** ، ١١م ، (تحقيق أحمد شاكر) ، دار الفكر، بيروت ، ج١٠، ص ٥١١ .

(4) نصت المادة (٩٦٠) على ما يأتي : ((المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة ، وإن لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشراء إلا أنهم يضمنون حالاً الخسارة والضرر اللذين نشأ من فعلهم ، مثلاً لو أتلف الصغير مال آخر لزم الضمان ولو كان غير مميز...)) . انظر ، حيدر ، **درر الحكام** ، ج٢ ، ص ٦٧٠ .

(5)حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٨٩) ، ج١ ، ص٩١ .

(6)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٤ ، ص ٧٣ . حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٩٠) ، ج١ ، ص٩١ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٤٤ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ١٥ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٤٥٠ . الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٧ ، ص ٢٣٦ . المرتضى ، أحمد بن يحيى ، **شرح الأزهار** ، ٤م ، مكتبة غمضان ، صنعاء ، ١٤٠٠هـ ، ج٢ ، ص ٥٣٠ .

(7)السرخسي ، **المبسوط** ،ج٢٤، ص٧٣. المطيعي ، **تكملة المجموع** ،ج١٩،ص١٥.ابن قدامة، **المغني** ،ج٩، ص ٤٥٠ . الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٦٥٩) ، ج٢ ، ص ١٠٤٧ . الحلي ، **قواعد الأحكام** ، ج٣ ، ص ٦٥٨ .

في ذلك فقالوا : إذا اجتمعت المباشرة والسبب فالقصاص على المباشر والمتسبب ولا يختص بكل واحد منهما [1] .

مستثنيات هذه القاعدة :

أ- **تضمين المتسبب وحده :** كما لو دل مودَع لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده فسرقها اللص ، فالضمان على المودَع المتسبب لتقصيره بحفظ الوديعة ، وذلك بمقتضى المادة (٧٨٧)[2] ، واللص بما أنه مباشر ويترتب الضمان عليه فيحق للمودِع أن يرجع بالضمان عليه أيضاً [3] .

ب- **تضمين المتسبب والمباشر معاً :** وذلك في حالة كان للسبب تأثير يعمل بانفراده في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة ، وذلك : كما لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب عليها وأتلفت شيئاً للغير ، فالضمان عليهما ؛ لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلاف وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها [4] .

٢- **الإتلاف بالتسبب : ومعنى ذلك :** الفعل في محل يفضي إلى تلاف غيره عادة [5] . **وعرفته المجلة :** هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلاف آخر على جري العادة [6] .

أمثلة الإتلاف بالتسبب : كمن حفر بئراً في موضع لم يؤذن له بالحفر فيه ، كالطريق العام ، أو في أرض مملوكة للغير ، أو إشعال النار قريباً من الزرع ... الخ . فيضمن المتسبب بالإتلاف في مثل هذه الحالات [7] .

٣-قاعدة (**المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ، والأصح : بالتعدي**) [8] . **ومعنى ذلك :** أن المتسبب إذا انفرد في الميدان كان من موجبات الضمان بشرط أن يكون المتسبب متعدياً كمن حفر حفرة

---

(١)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٤٦ .

(٢)نصت المادة (٧٨٧) على ما يأتي : ((إذا هلكت الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها في حال تعدي المستودع أو تقصيره يلزم الضمان ، مثلاً إذا صرف المستودع النقود المودعة عنده في أمور نفسه واستهلكها أو دفعها لغيره وجعله يستهلكها...)) . انظر ، حيدر ، **درر الحكام** ، ج٢ ، ص ٢٨٩ .

(٣)حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٩٠) ، ج١ ، ص٩٢ .

(٤)الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ١٩٣ .

(٥)الكاساني ، علاء الدين بن مسعود ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ،ط١ ، ٧م ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٤٠٩هـ ، ج٧ ، ص ١٦٥ .

(٦)حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٨٨٨) ، ج٢ ، ص ٥٠٨ .

(٧)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٦ .الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٤٦ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص٢٨٦- ٢٨٧. البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤ ،ص ١٤٣ .ابن حزم ، **المحلى** ،ج١٠ ، ص ٥٢٨ . المرتضى ، **شرح الأزهار** ،ج٣ ، ص ٥١٠ . الروحاني ، محمد صادق ، **فقه الصادق** ، ط٣ ، ٢٦م ، مؤسسة دار الكتاب ، قم ، ١٤١٣هـ ، ج١٦ ، ص ١١٩- ١٢١ .

(٨)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٤ ، ٧٣ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٣ ، ص ٤٠٤ . حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٩٣) ،ج١،٩٤ . النووي ، يحيى بن شرف ، **المجموع** ، ٢٠م ، دار الفكر ، بيروت ، ج٧ ، ص ٣٠٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ١٤٤ .المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٩ .الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، **سبل السلام** ، ط٤ ، ٢م ، (تحقيق محمد الخولي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٣٧٩هـ ، ج٤ ، ص ١٩٧ .

في الطريق العام بدون إذن الإمام ، فإذا لم يكن متعدياً فلا ضمان عليه كمن حفر حفرة في أرضه فدخل حيوان لجاره وسقط فيها [1] .

٤- قاعدة : (**الجواز الشرعي ينافي الضمان**) [2] : فإذا كان الفعل مأذوناً به شرعاً : كما في الدفاع عن النفس أو المال أو العرض [3] . أو وجد الإذن بحق من الحاكم كما إذا هلك الشخص المحدود أو المعزر عند إقامة العقوبات الشرعية ، أو وقوع شخص في حفرة في الطريق العام حفرت بإذن الحاكم ، أو كان أمراً بالإتلاف صادراً من صاحب المال نفسه ، أو كان الفعل ناتجاً عن ممارسة الشخص لحقه بدون تعسف منه [4] ، ففي هذه الحالات لا يجب الضمان[5] .

٥- قاعدة : (**المدفوع كالآلة في الضمان**) ، فلو دفع إنسان رجلاً على آخر فعطب الآخر ، كان الضمان على الدافع ، ولا ضمان على المدفوع ؛ لأن المدفوع كالآلة [٦] .

٦- قاعدة (**إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان**) : ومثال ذلك : إذا اضطر شخص حال المخمصة(شدة الجوع) إلى طعام غيره فأكله ، جاز له أخذه ، ولكن يضمن قيمته إلا إذا أبرأه صاحب الطعام ؛ لأن إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان[٧] .

٧- قاعدة (**ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه**) ، **ومعنى ذلك :** أن كل ما يشق البعد أو الاحتراز عنه لا يكون سبباً موجباً للضمان ؛ لأنه من الضرورات .

ومن الأمثلة عليه : أن الطبيب أو الجراح لا يضمن التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد المعهود المأذون فيه دون تجاوز ولا إهمال ؛ لأن حدوث مضاعفات غير متوقعة عادة لا يمكن الاحتراز عنه[٨] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٤ ، ٧٣ . ابن نجيم ، إبراهيم بن محمد ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ط١ ، ٩م ، (تحقيق زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ ، ج٣ ، ص ٤٠٤ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج ٤ ، ص ١٤٤ . الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٦٥٨) ، ج٢ ، ص ١٠٤٥-١٠٤٦ .المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٩ .

(٢) الحصكفي ، علاء الدين محمد بن علي ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ ، ج٦ ، ص ٧٢ . حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٩١) ، ج١ ، ص ٩٢- ٩٣ . الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٦٤٨) ، ج٢ ، ص ١٠٣٢ . الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢١١ .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩، ص٢٥١. الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٤ ، ص٤٠ . الحلي ، **قواعد الأحكام** ، ج٣ ، ص ٥٧١ .

(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٧ . الحلي ، العلامة . **تحرير الأحكام** ، ٢م ، مؤسسة آل البيت ، إيران ، ج١ ، ص ١١٨ .

(٥)حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٩١) ، ج١ ، ص ٩٢- ٩٣ .

(٦)الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢١١ .

(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٨ .النووي، يحيى بن شرف ، **روضة الطالبين** ، ٨م ، (تحقيق عادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٥ ، ص ٢٨٩ . الزحيلي ، **نظرية الضمان**، ص ٢٢٠-٢٢١ .

(٨)السمرقندي ، **تحفة الفقهاء** ، ج٣ ، ص ١٢٣ .السرخسي ، **المبسوط** ، ج ١٥ ، ص ٨١ .الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٢٣- ٢٢٤ .

٨- قاعدة (**لا ضمان على المبالغ في الحفظ**) ، فإذا حفظ الوديع الوديعة كما يحفظ مالـه فـي حرز مثله ، بأن يحفظها في يده أو بيد من هو من أهله ممن تلزمه نفقته كزوجته وولده ، ثم تلفت أو سرقت ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه بالغ في الحفظ [١] .

٩- قاعدة (**جناية العجماء جبار**[٢]) ، **ومعنى ذلك :** أن الإتلاف الذي يحدثه الحيوان من تلقاء نفسه ، ولم يكن عقوراً ، ولا فرط مالكه في حفظه حيث يجب عليه حفظه ، وذلك في الليـل أو في أمكنة التجمعات ، لا ضمان فيه على صاحبه لعدم وجود الإدراك الذي هو أساس المسؤولية.

وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ : ﴿ **العجماء جرحها جبار** ﴾[٣] . ومن الأمثلة على ذلـك : إذا ربط شخصان دابتيهما في مكان لهما فيه حق الربط ، فأتلفت إحداهما الأخـرى ، لا يلـزم الضمان[٤] .

١٠- قاعدة (**الإجازة تلحق الأفعال**) فتلحق الإتلاف ، فلو غصب إنسان شيئاً وقبضه ؛ فأجـاز المالك قبضه ، برىء الغاصب عن الضمان ، وهو الصحيح عند الحنفية [٥] .

---

(١)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص ٣٠٠ . الأنصاري ، **فتح الوهاب** ، ج٢ ، ص ٣٧ .الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٢٧ .

(٢) **الجناية :** هي كل فعل ممنوع شرعاً يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه . **العجماء :** هي الحيوان . **جبار :** أي هدر لا ضمان فيه . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٤ ، ص ٤٣ . الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٢٨ .

(٣) رواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٢٨ .

(٤)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣١ .الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٢٨- ٢٢٩ .

(٥)الحصكفي ، **الدر المختار** ، ج٦ ، ص ٤٩٨ . الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٣٢ .

الباب الأول

موانع الضمان في حال إتلاف المال

ويشتمل على تمهيد والفصول الآتية :

التمهيد

الفصل الأول : موانع الضمان في الجانب المالي للعبادات .

الفصل الثاني : موانع ضمان العقود المالية .

الفصل الثالث : موانع ضمان الأفعال الضارة بالأموال .

الفصل الرابع :موانع الضمان في الأحوال الشخصية والشهادات.

التمهيد

قبل أن نبدأ الكلام عن موانع الضمان في حال إتلاف المال ، لا بد لنا من التعرف على مفهوم الإتلاف ومفهوم المال ، كما لابد لنا من معرفة شروط ضمان إتلاف المال ، وسـيكون الكلام على هذين الموضوعين من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : مفهوم إتلاف المال .

المبحث الثاني : شروط ضمان الإتلاف .

المبحث الأول

مفهوم إتلاف المال

تعرفنا في الباب التمهيدي على مفهوم الإتلاف ومعناه[1]، وسوف نتعرف على مفهـوم المال من حيث اللغة والاصطلاح .

المال لغةً : أصله (مَوَلَ) ، والمال ما ملكته من جميع الأشياء ، والمال يذكر ويؤنث[٢] .

المال اصطلاحاً :

عرفه الحنفية : ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة[٣] . وهو اسم لجميع ما يملكه الإنسان ، وأصله : ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره كالنقد وما يمكن أن يقوم مقامه .

وعرفوه أيضاً : المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار[٤] .

فالحنفية لهم في المال قيدان[٥] :

١- إمكان حيازته وإحرازه . فتخرج المنافع فلا تعد مالاً عندهم ، كالذكاء والعلم ونحو ذلك .

٢- إمكان الانتفاع به في العادة ، أي في حال السعة والاختيار . وبناء على هذا القيد يخرج مـا ينتفع به في حال الاضطرار .

---

(1) **الإتلاف :** هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة . انظـر ، الكاسـاني ، **بـدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٤ .

(2) ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١١ ، ص ٦٣٥ .

(3) ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٥ ، ص ٤٣٠ .

(٤) المصدر نفسه ، ج٥ ، ص ٤٣١ .

(5) المصدر نفسه ، ج٥ ، ص ٤٣٠-٤٣١ .

وعرفه الجمهور: كل ماله قيمة مما يمكن الانتفاع به شرعا [١] . فكل مالا نفع فيـه لا يعد مالاً كالحشرات أو حبة حنطة ونحو ذلك[٢] . أو فيه منفعة محرمة شرعاً كالخمر والخنزير ، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة في حال المخمصة[٣] .

الترجيح : الراجح هو تعريف الجمهور للمال ، وذلك لما يأتي :

١-أن تعريفهم للمال يشمل الأعيان والمنافع ، بخلاف تعريف الحنفية الذي لا يعتد بالمنافع فـي كونها مالاً .

٢-أن هنالك أشياء لا يميل إليها الطبع وتعد مالاً كالدواء المر مثلا .

٣-أن هنالك أشياء لا يمكن ادخارها ومع ذلك تعد مالاً كالفواكه والخضروات .

---

[1] الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٦ ، ص ٥٩ . الشربيني ، محمد الخطيب ، **مغني المحتاج** ، ٤م ، دار إحيـاء التراث العربي ، بيروت ، ١٣٧٧هـ ، ج٢ ، ص ١١-١٢ . البهوتي ، **كشـاف القنـاع** ، ج٣ ، ص ١٧٤ . قلعجي ، محمد رواد ، **معجم لغة الفقهاء** ، ١م ، ص ٣٩٦- ٣٩٧ .

[2] الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ١١-١٢ .

[3] البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ١٧٤ .

المبحث الثاني

شروط ضمان الإتلاف

قامت الشريعة الإسلامية بوضع شروط[1] لوجوب الضمان بسبب إتلاف المال ، بحيث إذا انعدمت هذه الشروط أو انعدم بعضها لم يجب الضمان ، ومن هذه الشروط ما يأتي :

١- أن يكون الشيء المتلف مالاً : فلا ضمان بإتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال ، وبهذا الشرط قال : الحنفية[2] ، والحنابلة[3] .

٢- أن يكون الشيء المتْلفُ متقوماً[4] : فلا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء أكان المتلف مسلماً أو ذمياً ، لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم ، وبهذا الشرط ، قال : الحنفية[5] ، والشافعية[6] ، والحنابلة[7] .

٣- أن يكون المتْلِفُ من أهل وجوب الضمان عليه : فلو أتلفت البهيمة مال إنسان لا ضمان على مالكها إلا إذا تعدى أو قصر ؛ لأن فعل العجماء جبار[8] فكان هدراً ، وبهذا الشرط قال : الحنفية[9] ، والمالكية[10] ، والشافعية[11] ، والحنابلة[12] ، والظاهرية[13] ، والزيدية[14] .

٤- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة : فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي وبالعكس في دار الحرب ، وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلف مال الباغي ولا على الباغي إذا أتلف مال

---

(1) **تعريف الشرط :** ما يوضع ليلتزم به في البيع ونحوه . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢٦٠ .
(2) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٧ .
(3) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٣٥ .
(4) **متقوماً :** أي أن يكون للمال قيمة في نظر الشرع ، فكل ما حرمه الشرع لا قيمة له ، وكل ما لا قيمة له لا يضمن في حال إتلافه . انظر ، الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ، ص ٢٥ .
(5) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٧ .
(6) الرافعي ، عبد الكريم بن محمد ، **فتح العزيز في شرح الوجيز** ، ١٢م ، دار الفكر ، بيروت ، ج١١ ، ص ٢٥٨- ٢٥٩ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٨٠ .
(7) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٣٥ .
(8) **العجماء جبار** : أي إتلاف الدابة هدر لا دية فيه . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٤ ، ص ٤٢ . الآبي ، صالح عبد السميع . **الثمر الداني** ، ١م ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، ص ٥٨٤ .
(9) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ .
(10) الأصبحي ، مالك بن أنس . **كتاب الموطأ** ، ط١ ، ٢م ،(تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٦هـ ، ج٢ ، ص ٨٦٩ . مالك ، **المدونة** ، ج٤ ، ص ٤٩٠ .
(11) المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٢٦١ .
(12) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ١٥٥ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٥٧ .
(13) ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ١٤٥ .
(14) المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢٦ .

العادل ؛ لأنه لا فائدة في الوجوب لعدم إمكان الوصول إلى الضمان ؛ لانعدام الولايـة ، وبهـذا الشرط قال : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والظاهرية[٥] ، والزيدية[٦] ، والإمامية[٧] .

٥- عصمة المال المتْلَفِ : فالمال غير المعصوم شرعاً لا ضمان في إتلافه ، وذلـك كـأموال الحربيين في دار الحرب فمن أتلفها فلا ضمان عليه ، وبهذا الشرط قال : الشافعية[٨] ، ولم يعتد به الحنفية[١] .

(1)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ .
(٢) الدردير ، أحمد بن محمد العدوي ، **الشرح الكبير** ، ٤م ، دار إحياء الكتب العربيـة ، بيـروت ، ج٢ ، ص ١٩٠ .
(٣) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٤٧٦ . الدمياطي ، السيد البكري ، **إعانة الطالبين** ، ط١ ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٨هـ ، ج٤ ، ص ٢٣٣ .
(٤) ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٨٤ .
(5) ابن حزم ، **المحلى** ، ج٧ ، ص ٣٠٦ .
(٦) المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٥٥٢ .
(٧) النجفي ، محمد حسن ، **جواهر الكلام** ، ط٣ ، ٤٣م ، (تحقيق عباس القوجاني) ، دار الكتـب الإسـلامية ، آخوندي ، ١٣٦٢هـ ، ج٢١ ، ص ١٠٩ ،
(8)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١١ ، ص ٢٦٠ .

الفصل الأول

موانع الضمان في الجانب المالي للعبادات

ويشتمل على تمهيد والمباحث الآتية :

التمهيد .

المبحث الأول : موانع الضمان في مسائل الطهارة .

المبحث الثاني : موانع الضمان في مسائل الصلاة .

المبحث الثالث : موانع الضمان في مسائل الزكاة .

المبحث الرابع : موانع الضمان في مسائل الحج .

المبحث الخامس : موانع الضمان في مسائل الأضحية .

([1])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ .

التمهيد :

جعلت الشريعة الإسلامية للعبادة[١] مفهوماً شاملاً يشمل جميع مناحي الحياة ، فكل ما يقوم به العباد مبتغين به مرضاة الله تعالى وطالبين لثوابه يعد عبادة يثاب عليها . فالعبادة لها أهمية بالغة في حياة العبد المسلم ، فالعبادة واكبت الدعوة الإسلامية منذ بداياتها . والعبادات الرئيسة في الإسلام هي : الصلاة والزكاة والصيام والحج . وهذه العبادات وإن كانت عبادات محضة في الغالب إلا أن فيها جوانب مادية ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في الجانب المالي لهذه العبادات .

المبحث الأول

موانع الضمان في مسائل الطهارة

في هذا المبحث سيكون الكلام في موانع الضمان في مسائل الطهارة[٢] ، وذلك بما يخص الجانب المالي لهذه العبادة ، فالضمان قد يمتنع ترتبه على الشخص في بعض الحالات الخاصة بمسائل الطهارة ، ويظهر ذلك من خلال المطلب الآتي :

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسالة الآتية :

لو مات رجل معه ماء لنفسه لا يكفيه لغسل جميع بدنه ، فهل يستعمل الماء القليل وييممه عن الباقي أم لا ؟ **للشافعية قولان[٣] :**

الأول : يجب استعمال الماء القليل ، فيجب على رفيقه غسله به ، وأن ييممه للباقي .

الثاني : لا يجب استعمال الماء القليل ، ففي هذه الحالة يجب على رفيقه الاقتصار على التيمم .

بناءً على القول الثاني لو قام رفيق الميت بغسله بهذا الماء ، فهل يجب عليه ضمان هذا الماء أم لا يجب ؟ **قولان للشافعية[٤] :**

---

(١) **العبادة :** اسم جامع لكل ما يحبه ويرضاه من الأقوال والأعمال الباطنة والظاهرة . انظر ، ابن تيمية ، تقي الدين أحمد ، **العبودية** ، ط٥ ، ١م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٣٩٩هـ ، ص ٣٨ .

(٢) **الطهارة :** لغة : من (طهر) ، والطهارة نقيض النجاسة ، وهي بمعنى النظافة . انظر ، ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٤ ، ص ٥٠٤- ٥٠٥ . **والطهارة شرعاً :** رفع ما يمنع الصلاة من حدث أو نجاسة بالماء أو رفع حكمه بالتراب . انظر ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج١ ، ص ٦ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢٩٣ .

(٣) النووي ، **المجموع** ، ج٢ ، ص ٢٧٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج١ ، ص ٢٣٧ .

(٤) النووي ، **المجموع** ، ج٢ ، ص ٢٧٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج١ ، ص ٢٣٧ .

القول الأول : لا يضمن قيمة الماء .

وحجتهم : لأنه يستحب استعمال الماء القليل في غسل الميت .

القول الثاني : يضمن قيمة الماء لورثة الميت .

وحجتهم : لأنه أتلفه من غير حاجة .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به أصحاب القول الثاني وادعاؤهم أنه أتلفه من غير حاجة ليس بمتجه ؛ لأن الشارع جعل غسل الميت من الأغسال الواجبة ، وما استعمل في تنفيذ واجب شرعي لا يكـون هدراً . وأما ما احتج به أصحاب القول الأول فهو أقوى حجة ؛ فغسل الميت كما قدمنا واجب ، بدليل ما روته أم عطية رضي ا عنها في غسل ابنته زينب رضي ا عنها عند وفاتها ، أن رسول ا ﷺ قال لهن ﴿ **اغسلنها ثلاثاً أو خمساً ... بماء ...** ﴾ [١] . فـالأمر فـي الحـديث للوجوب[٢] .

فالراجح هو القول الأول فلا ضمان على الغاسل ، وذلك لما يأتي :

١- قول رسول ا ﷺ ﴿ **إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم** ﴾[٣].

وجه الدلالة :أن استعمال الماء في غسل الميت مأمور به ، فإذا وجد ما لا يكفي فيجب استعماله ، ويتم التيمم عن الباقي.

٢- بناء على قاعدة (**الميسور لا يسقط بالمعسـور**)[٤] . فإذا وجد الإنسان مالا يكفيه من الماء للطهارة ، فيجب عليه استعمال ما تيسر ثم يتيمم عن الباقي .

٣- لأنه ثبت استحباب استعمال الماء القليل في الطهارة ، ويتم التيمم عن الباقي[٥] .

فالمانع من الضمان هو تنفيذ أمر الشارع الذي أمر بأن تكون الطهارة بالماء إذا تيسر فـإن لـم يتيسر فيلجأ المسلم إلى البديل وهو التيمم لإتمام الطهارة الواجبة .

---

(١) رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ، ص ٧٣ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٣ ، ص ٤٧ .

(٢) النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٧ ، ص ٣ .

(3)رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ، باب الاقتداء بسنة رسول ا ، ج٨ ، ص ١٤٢ .

(4)الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد .**الوسيط في المذهب** ،ط١ ،٧م،(تحقيق أحمد محمود وغيره)، دار السلام ، القاهرة ،١٤١٧هـ ،ج٢،ص٤٧٤. الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ،ج٢، ص ١٣١ .

(5)النووي ، **المجموع** ، ج٢ ، ص ٢٧٠ .

المبحث الثاني

موانع الضمان في مسائل الصلاة

سيكون الكلام في هذا المبحث في بعض موانع الضمان في مسائل الصلاة[١] ، وذلك في الجانب المالي لهذه المسائل من خلال المطلب الآتي :

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان على من نفذ أمر الشارع فأتلف مال غيره ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

يستحب للمصلي دفع من أراد المرور بين يديه إذا صلى إلى سترة [٢] ، ويدفعه بالأسهل فالأسهل ، ويزيد حسب الحاجة . فإذا دفع المصلي المار بين يديه فقتله فهل يضمن ذلك أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان فيه ، وبذلك قال : بعض المالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة في رواية[٥] .

وحجتهم : استدلوا بأدلة من السنة النبوية ومن المعقول :

١-قوله عليه السلام ﴿ **إذا صلى أحدكم إلى شيء يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه ، فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان** ﴾[٦] . فهذا نص يبيح مقاتلته صراحة .

([1])**الصلاة شرعاً :** هي واقعة على دعاء مخصوص في أوقات محدودة تقترن بها أفعال مشروعة . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٢ ، ص ٤ .

([2]) يستحب للمصلي أن يكون بين يديه سترة من جدار أو سارية ، ويدنو منها بحيث لا يزيد ما بينه وبينها على ثلاثة أذرع ، وإن كان في الصحراء فينبغي أن يضع عصا ونحوها أمامه . فإذا صلى إلى سترة كره كراهة تحريم لغيره أن يمر بينه وبين السترة ، لقوله عليه السلام (**لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الإثم لكان أن يقف أربعين خير له من أن يمر بين يديه**) رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج١ ، ص ١٢٩ .أما إذا لم يضع سترة فلا يكره المرور بين يديه ؛ لأنه هو المقصر في ذلك . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج١ ، ص ١٩٢ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٢ ، ص ٢٦ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٢ ، ص ٢٣٦ . الرافعي ، **فتح العزيز**،ج٤،ص١٣٠- ١٣١ . ابن مفلح ، محمد ، **الفروع** ،٦م،دار عالم الكتب، بيروت،ج١،ص ٤٧٣ .

([3])الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج١ ، ص ٢٤٦ .

([4])النووي ، **المجموع** ، ج٣ ، ص ٢٤٩ .

([5]) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج١ ، ص ٤٥٤ .

([6]) رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج١ ، ص ١٢٩ .

٢-القياس على دفع الصائل[1]

القول الثاني : إنه يضمن ، وتجب ديته على العاقلة ، وبذلك قال : المالكية [٢] ، والحنابلة في الأصح [٣] .

وحجتهم : يمكن أن يستدل لهم بما يأتي : أن الدفع مندوب إليه وليس بواجب ، فإذا دفع المصلي المار بين يديه فأتلفه يضمن ذلك [٤] .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به أصحاب القول الثاني من أن الدفع مندوب إليه وليس من الواجبات غير متجه ؛ لأن الحديث الذي استدل به الفريق الأول نص صريح في المقاتلة . وأن ما احتج به أصحاب القول الأول من الأدلة هي أقوى من أدلة الفريق الثاني ، فقوله عليه السلام (**فليقاتله**) يدل على دفع المصلي لمن مر بين يديه في الصلاة ، وهذا يدل على عدم الضمان في حال الإتلاف . فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الدافع في هذه الحالة ، وذلك لما يأتي :

١-قوة الدليل الذي استندوا إليه ، فالنبي عليه السلام أمر بدفعه ، وأيضاً شبهه بألد أعداء الإنسان وهو الشيطان .

٢-القياس على الصائل ، فالصائل يدفع بالأسهل بالأسهل ، فإذا مات فلا ضمان على دافعه .

فالمانع من الضمان هو تنفيذ الأمر الشرعي في دفع من أراد المرور بين يدي المصلي.

المسألة الثانية

ذهب عامة الفقهاء[5] إلى قتل تارك الصلاة المكتوبة كسلاً مع اعتقاد وجوبها إن لم يتب بعد الاستتابة ، وخالف بعضهم كالحنفية[٦] وجماعة من أهل الكوفة والمزني[٧] فقالوا : لا يقتل بل يعزر ويحبس حتى يصلي . وعلى ندب الاستتابة لو قتله شخص في مدة الاستتابة وقبل التوبة فهل يضمن قاتله ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن من قتله قبل التوبة ، لكنه يأثم ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ،

---

(1)**الصائل :** اسم فاعل من صال وثب ، وهو من سطا عادياً على غيره يريد نفسه أو ماله أو عرضه . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢٦٩ .

(2)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٢ ، ص ٢٣٧ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج١ ، ص ٢٤٦ .

(٣)ابن مفلح ، **الفروع** ، ج١ ، ص ٤٧٣ .

(٤)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٢ ، ص ٢٣٦ .ابن مفلح ، **الفروع** ، ج١ ، ص ٤٧٣ .

(5)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ،ج١،ص٧٧.النووي،**المجموع**،ج٣،ص١٦.البهوتي، **كشاف القناع** ،ج١،ص٢٦٩ .

(٦)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٢ ، ص ١٥٩ .

(٧)النووي ، **المجموع** ، ج٣ ، ص ١٦ .

والحنابلة[٣] ، والزيدية [٤] .

وحجتهم في ذلـك : أن تارك الصلاة المستتاب لا عصمة له ، ومن لا عصمة له لا تضمن ديته ؛ لأنه مهدور الدم [5] .

القول الثاني : يضمن من قتله زمن الاستتابة ديته ، وبذلك قال : المالكية[٦] .

وحجتهم في ذلك : يمكن أن يستدل لهم : أن تارك الصلاة ربما عاد لأدائها في مـدة الاسـتتابة والله تعالى يقول ﴿ فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ الصَّلَاةَ وَآتَوُاْ الزَّكَاةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[٧]. فلذلك يضمن مـن قتله في تلك المدة[٨] .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به أصحاب القول الثاني ليس بالدليل القوي ، فما دام أنه قتله وهو لـم يقـم بأداء الصلاة ، فهذا دليل على أنه لم يتب بعد ، وأن تخلية السبيل تكون بعد إقامته للصلاة .

وأن الآية التي احتجوا بها فيها حجة لأصحاب القول الثاني فمفهوم المخالفة فيهـا يـدل على أن تخلية السبيل بعد التوبة وإقامة الصلاة ، فإذا لم يتوبوا ولم يقيموا الصـلاة جـاز لنـا اعتراض سبيلهم . وأما ما احتج به أصحاب القول الأول قوي من حيث الدليل ، فتارك الصـلاة لا عصمة له ، ودمه مهدور بأمر الشارع ؛ لقوله ﷺ ﴿ **أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلى وأن محمداً رسول الله ، ويقيموا الصلاة ، ويؤتوا الزكاة ، فإذا فعلوا ذلك عصـموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام ، وحسابهم على الله** ﴾[٩] . فهذا الحديث يدل صـراحة بمفهومه على أن تارك الصلاة لا عصمة له فيجوز قتله على تركها[١٠] .

---

(1) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٣٥ .
(2)الهندي ، عبد العزيز المليباري . **فتح المعين** ، ط١ ، ٤م ، دار الفكر ، بيـروت ، ١٤١٨هـ ـ ، ج١ ، ص ٣٠ . الشرواني ، **حواشي الشرواني** ، ج٣ ، ص ٨٨ .

(٣) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٢٢٢ .
(٤) المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٣٤٠ .
(5)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٣٥ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٢٢٢ .
(٦) الدردير ، **الشرح الكبير** ، ج٤ ، ص ٢٣٩ .
(٧) سورة التوبة ، الآية /5 .
(٨) الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٨ ، ص ٨ .
(٩) رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج١ ، ص ١١- ١٢ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج١ ، ص ٣٩ .
(١٠)ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي ، **فتح الباري شرح صـحيح البخـاري** ، ط٢ ، ١٣م ، دار المعرفـة للطباعة ، بيروت ، ج١٢ ، ص ١٧٩ .

فالراجح هو القول الأول فمن قتل تارك الصلاة في مدة الاستتابة لا ضمان عليـه ؛ لأن تارك الصلاة مهدور الدم لا عصمة له فالشارع أذن في قتله بسبب تركه للصلاة .

فالمانع من وجوب الضمان في هذه الحالة تنفيذ الأمر الشرعي بقتل تارك الصلاة .

المبحث الثالث

موانع الضمان في مسائل الزكاة

سوف يكون الكلام على موانع الضمان في المسائل المتعلقة بالزكاة[١] بما يخص الجانب المالي لهذه العبادة ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : عدم التعدي .

المطلب الثاني : تنفيذ أمر الشارع .

المطلب الثالث : أمر ولي الأمر .

المطلب الرابع : وجود الإذن .

المطلب الخامس : الردة والموت .

المطلب الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان على المزكي أو الإمام أو الساعي[2] في بعـض الحالات ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا طلب الإمام من المزكي دفع زكاة ماله سلفاً للمساكين قبل أن تجب عليه بالحول ، ثم زالت صفة المسكنة عنهم فلم يعودوا من مستحقي الزكاة ، وتلف المال المعطى لهم في يد الإمام بغير تعدي من الإمام ، فلا ضمان عليه ولا على المساكين لعدم التعدي ؛ لأن يده يد أمانة ، ويد الأمانة لا تضمن إلا بالتعدي ، وبذلك قال : الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة [١] .

([1])**الزكاة شرعاً :** إنفاق جزء معلوم من المال إذا بلغ نصاباً على مصارف معينة نص عليها الشارع . انظـر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢٣٣ .

([2])**الساعي :** عامل الصدقات . انظر ، الهروي ، محمد بن أحمد الأزهري . **الزاهـر** ، ط١ ، ج١ ،(تحقيـق محمد الألفي) ، وزارة الأوقاف ، الكويت ، ١٣٩٩هـ ، ص ١٤٠ .

([3])وهذا هو المفهوم من مذهب الحنفية ؛ لأنهم يقولون إن هلاك النصاب بعد الحول قبل التمكن أو بعده يسـقط الزكاة الواجبة . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٥٢- ٥٣ .

([4])**قال الشافعية :**إن على الإمام أن يسترده؛لأن كون المعجل زكاة إنما يثبت عند تمام الحول،وهو لـيس محـل الصرف في ذلك الوقت فلا يقع زكاة إلا إذا كان يساره من ذلك المال.النووي ، **المجموع** ،ج٦،ص١٥٩. **وقـال**

فالمانع من ترتب الضمان على الإمام في هذه الحالة هو أنه لم يتعد .

المسألة الثانية

إذا تلف المعجل في يد الساعي أو الإمام بعد تمام الحول سقطت الزكاة عن المالك فـلا ضمان عليه ؛ لأن الحصول في يدهما بعد الحول كالوصول إلى يد المساكين كما لو أخذها بعـد الحول ، وبذلك قال : الشافعية [٢] . فالمانع من ترتب الضمان في هذه الحالة قيام المالك بـأداء الواجب عليه وعدم تعديه .

المسألة الثالثة

إذا تلف مال الزكاة أو بعضه في يد الساعي أو المالك ، بعد تمام الحول ، فهـل يجـب ضمان التالف أم لا ؟

يفرق بين التفريط وعدمه ، فإن كان التالف بتفريط منهما ، بأن قصرا فـي الحفـظ ، أو تمكنا من تفريقها فأخرا بلا عذر وجب الضمان ، أما إن كان التالف بلا تفريط منهما فلا ضمان عليهما ، وبذلك قال : بعض الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة [٥] ، والإباضية[٦] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١- **وجه الضمان :** أن الزكاة تجب على الفور فإذا أخر بلا عذر وتلف مال الزكاة صار مفرطاً لتأخيره فيضمن التالف [٧] .

٢- **وجه عدم الضمان :** قياساً على الوكيل وناظر مال اليتيم فلا يضمنان بلا تعدي [٨] . كما أن الزكاة بعد وجوبها يكون إخراجها على التراخي ، فإذا تلفت بسبب تأخره في إخراجها عـن أول وقت الإمكان لا يكون مفرطاً فلا يضمن[١] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة القيام بالواجب وعدم التعدي .

المسألة الرابعة

الحنفية: أن الإمام لا يسترد ما دفعه إلى الفقير؛لأن الصدقة لاقت كف الفقير فوقعت موقعها فلا تتغيـر بالغنـا الحادث بعد ذلك كما إذا دفعها إلى الفقير بعد حولان الحول ثم أيسر.الكاساني، **بدائع الصنائع** ،ج٢،ص ٥٢ .

(١) المرداوي ، علي بن سليمان ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، ١٢م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج٣ ، ص ٢١٦ .

(٢)النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ١٥٩- ١٦٠ .

(٣)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٣ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٢ ، ص ٢٩٥ .

(٤)النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ١٧٥ .

(٥)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٣١٧- ٣١٨ .

(٦)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٣ ، ص ٢٤٠-٢٤١ .

(٧)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٥٣ .

(٨)النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ١٧٥ .

إذا دفع الإمام زكاة المال لرجل فتبين أنه كافر أو هاشمي ، فهل يضمن الإمام ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء في ذلك على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على الإمام ، وبذلك قال : أبو حنيفة ومحمد[٢] في حال دفعها لرجل لـم يتبين حاله فظهر غنياً تسقط الزكاة ولا تلزم الإعادة [٣] ، والشافعية في الأصح[٤] ؛ والحنابلـة في حال دفعها الإمام إلى شخص فبان غنياً[٥]، والإمامية[٦] .

حجه أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بالأدلة الآتية :

١- أن الإمام أمين ولم يتعد ولم يفرط ، فلا ضمان عليه [٧] .

٢- أن حال الغنى يخفى في الغالب على الإمام [٨] .

القول الثاني : يضمن ، وبذلك قال : الشافعية في قول آخر[٩] ، والحنابلة [١٠] ، وأبو يوسف[١١] من الحنفية[١٢] .

حجة أصحاب القول الثاني : أن الإمام يضمن لتعديه ؛ لأن هؤلاء لا يخفون إلا بإهمال [١٣] .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به أصحاب القول الثاني بقولهم أن الإمام قد تعدى بإهماله في البحث عـن حال من يدفع إليهم الزكاة فيضمن لذلك ، فهذا غير متجه ومردود ؛ لأن ا تعالى بـين لنـا أن

---

[1] الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٣ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٢ ، ص ٢٩٥ .

[2] **أبو حنيفة :** هو النعمان بن ثابت بن زوطي ، أول الفقهاء الأربعة ، ولد سنة ٨٠هـ ، ومات ببغـداد سـنة ١٥٠هـ ، قال الشافعي : من أراد أن يتبحر في الفقه فهو عيال على أبي حنيفة ، أخذ الفقه عن حماد بن أبـي سليمان وغيره . انظر ، الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ٨٧ .
محمد : هو محمد بن الحسن الشيباني ، صاحب أبي حنيفة ، تفقه على أبي يوسف ، صنف كتباً كثيرة ، ونشـر علم أبي حنيفة ، قال الشافعي : حملت من علم محمد وقر بعير .مات بالري سنة ١٨٩هـ . انظر ، القرشـي ، عبد القادر بن أبي الوفا ، **طبقات الحنفية** ، ١م ، مير محمد كتب خانه ، كراتشي ، ص ٤٢-٤٣ . الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، **طبقات الفقهاء** ، ١م ، (تحقيق خليل الميس) ، دار القلم ، بيروت ، ص ١٤٢ .

[3] الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٥٠ .

[4] النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ٢٣١ .

[5] البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٣٣٩ .

[6] الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٢٣٤ .

[7] البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٣٣٩ . الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٢٣٤ .

[8] البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٣٣٩ .

[9] النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ٢٣١ .

[10] البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٣٣٩ .

[11] **أبو يوسف :** هو يعقوب بن إبراهيم ، صاحب أبي حنيفة ، ولد سنة١١٣هـ ، ومات ببغداد سنة ١٨٢هـ ، كان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي ، تفقه على ابن أبي ليلى ثم عن أبي حنيفة ، ولي القضاء لهارون الرشيد . انظر ، القرشي ، **طبقات الحنفية** ، ص ٥١٩-٥٢٠ .

[12] الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٥٠ .

[13] النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ٢٣١ .

الإنسان قد يخفى حاله على الآخرين وذلك في قوله تعالى:﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحصِرُواْ فِي سَبِيلِ اللّهِ لاَ يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاء مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ لاَ يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا وَمَا تُنفِقُواْ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ [١] . أي:أنهم من تركهم للمسألة والتوكل على ا بحيث يظنهم الجاهل بحالهم أغنياء من التعفف[٢] . وأن ما احتج به أصحاب القول الأول ، هو الأقوى دليلاً ؛ لأن الإمام لم يتعد في هذه الحالة ؛ لأن يده يد أمانة ، وكما قدمنا فإن حال الناس قد يخفى في بعض الأحيان على أقرب المقربين .

فالراجح أن الضمان لا يجب على الإمام في هذه الحالة ؛ لأنه أمين ولم يتعد ، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، وا تعالى أعلم .

فالمانع من الضمان في مثل هذه الحالة عدم التعدي .

المسألة الخامسة

إذا وجبت الزكاة وتمكن من إخراجها لم يجز تأخيرها[٣]، وإن لم يتمكن فله تأخير إخراجها إلى أن يتمكن ، لكن لو تلف مال الزكاة بعد الحول وقبل التمكن ، فهل يضمنه أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا ضمان على المالك ولا إثم عليه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٤] ، والمالكية [٥] ، والشافعية [٦] ، والزيدية [٧] ، والإمامية [٨] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن الزكاة قبل إمكان الأداء كالوديعة[٩] قبل أن يطالب بها إذا تلفت فإنها لا تضمن ، إلا أن تتلف بتفريط الوديع أو بجنايته ،

([١]) سورة البقرة ، الآية / ٢٧٣ .
([٢]) القرطبي ، محمد بن أحمد ، **الجامع لأحكام القرآن** ،٢٠م ،دار إحياء التراث العربي ، ج٣ ، ص ٣٤١ .
([٣])ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج١ ، ص ٢٠٠ .
([٤])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٥٢- ٥٣ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٢ ، ص ٢٩٥ .
([٥])مالك ، **كتاب الموطأ** ، ج١ ، ص ٢٦٧ . مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٣٣٥ .الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج١ ، ص ٥٠٣ .ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج١ ، ص ١٩٩- ٢٠٠ .
([٦])النووي ، **المجموع** ، ج٥ ، ص ٣٣٣ .
([٧])المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٤٥٧ .
([٨]) الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٥٢ .
([٩])**الوديعة :** أمانة تركت عند الغير للحفظ قصدا . انظر ، الجرجاني ، علي بن محمد . **التعريفات** ، ط١ ، ١م ، (تحقيق إبراهيم الأبياري) ، دار الكتاب العربي ،بيروت، ١٤٠٥هـ،ص٣٢٥.

وإن تلفت من دون تفريط ولا جناية فلا ضمان ، وكذلك المال إذا تلف قبل إمكان أداء الزكـاة ، إن تلف بتفريط ضمن الزكاة وإلا فلا[١].

القول الثاني : يضمنها المالك ولا تسقط بتلاف المال ، وبذلك قال : الحنابلة [٢] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١- أن الزكاة استقرت بمضي الحول .

٢- لأنها عين تلزمه مؤنة تسليمها إلى مستحقيها ، فضمنها بتلفها في يده ، قياساً على العاريـة والغصب فلا يعتبر بقاء المال [٣] .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به أصحاب القول الأول غير متجه ؛ لأن الزكاة في هذه المسألة تلفت في يد المالك قبل أن يتمكن من الأداء فلا تقصير ولا تعدي من قبله ، فإذا كلفناه بعد تلف ماله بإخراج الزكاة كان تكليفاً بما لا يطاق ، والقياس على الغصب قياس مع الفارق فالغاصب يده يد ضـمان لا يد أمانة أما يد المزكي فهي يد أمانة ، ويد الأمانة لا تضمن إلا بالتعدي .

وأما ما ستدل به أصحاب القول الأول ، فهو الأقرب إلي الصواب ؛ لأن القياس علـى الوديعة هو الأنسب ؛ فكأن حق الفقراء في ماله وديعة عنده ، والوديعة لا تضمن إلا بالتعـدي ؛ لأن يد الوديع يد أمانة فلا تضمن إلا في حال التعدي والجناية .

فالراجح هو القول الأول فلا ضمان على المالك في مثل هذه الحالـة ؛ لأن المالـك لا يضمن مال الزكاة إذا تلف لعدم تمكنه من إخراج الزكاة بعد وجوبها عليه ، ولعدم تفريطه .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة السادسة

إذا دفع رب المال زكاة ماله لرجل فتبين أنه كافر أو هاشمي ، فهل يضمن رب المال أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على رب المال ، وبذلك قال : المالكية [٤] بشرط حصول التغرير من قبل الآخذ ، أما إذا لم يغرره فعليه الضمان ، والشافعية [٥] ، وبعض الإمامية [٦] .

---

(1)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٤٥٧ .
(2)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٢١٠ .
(3)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٤٥٧ .
(4)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج١ ، ص ٥٠١ .
(5)النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ٢٣٠ .
(6)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٢٣٤ .

حجة أصحاب القول الأول : أن المالك لم يتعد ولم يقصر ؛ لأنه قد يخفى عليه مثل هذه الأمور[١] .

القول الثاني : لا تجزئه الزكاة وعليه ضمانها ،وبذلك قال : الحنابلة [٢] ، وبعض الإمامية[٣] .

حجة أصحاب القول الثاني : أن المدفوع إليه ليس من أهل استحقاق الزكاة ، ولأن حال هؤلاء لا يخفى في الغالب [٤] .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به الفريق الثاني غير متجه ، فحال الناس تخفى أحياناً على أقرب المقربين بدليل قوله تعالى ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحصِرُواْ فِي سَبِيلِ اللّهِ لاَ يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاء مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ لاَ يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا وَمَا تُنفِقُواْ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴾ [5] . أي : أنهم من تركهم للمسألة والتوكل على ا بحيث يظنهم الجاهل بحالهم أغنياء من التعفف[٦] .

فالراجح أن المزكي لا يضمن في هذه الحالة ؛ لأنه لم يتعد ؛ ولأنه قد تخفى عليه مثل هذه الأمور ، وهذه المسألة لها ارتباط في عصرنا الحاضر بلجان الزكاة التي تقوم بجمعها وتوزيعها على الفقراء والمحتاجين ، فاربما يحصل بطريق الخطأ إخراجها لمن تخفى حاله عليهم ، فلا يكاف المزكي بإخراجها مرة أخرى . فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المطلب الثاني

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع وإذنه بالقيام بالتصرف مانعاً من الضمان في حالة وجد إتلاف للمال بناءً على هذا الإذن ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

(1)النووي ، **المجموع** ، ج٦ ، ص ٢٣٠ .

(2)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٣٣٩ .
(3)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٢٣٤ .
(4)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٣٣٩ .
(5) سورة البقرة ، الآية / ٢٧٣ .
(6) القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٣ ، ص ٣٤١ .

لو تلف مال الزكاة في الطريق أثناء نقل الزكاة إلى بلدة أخرى ، فهل يضمن المالـك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن زكاة التالف ويضمن زكاة الباقي ، وبه قال : المالكية[1] ، والزيدية [2] ، والإباضية في الأصح[3] ، والإمامية في قول[4] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه لم يتعد بنقلها وإخراجها من تلك البلادة ؛ لأن الشرع قد أذن له بالنقل . ويمكن أن يستدل لهم على ذلك بقول النبي ﷺ لمعاذ ﷺ عندما بعثه إلى اليمن ﴿ .. **فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن ا افترض علـيهم صـدقة فـي أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم** ﴾[5] .

وجه الدلالة من الحديث : أن الضمير في ((**فقرائهم**)) محتمل لفقراء المسلمين ولفقراء أهـل تلك البلدة والناحية واحتماله لفقراء المسلمين أظهر ، فعليه يجوز نقل الزكاة[6] . فأي فقير مـنهم ردت فيه الصدقة في أي جهة كان فقد وافق عموم الحديث[7] .

القول الثاني : يضمن إذا تلفت ، وبذلك قال : الإباضية[8] ، والإمامية في القول الثاني[9] .

حجة أصحاب القول الثاني : يمكن أن يستدل لهم بنفس الحديث الذي احتج به أصـحاب القـول الأول ، فالضمير في **((فقرائهم))** قد يحتمل فقراء البلدة نفسها ، فـلا يجـوز نقـل الزكـاة .

المناقشة والترجيح : أن ما استدل به الفريق الأول دليل متجه ، فالشارع أذن بنقل الزكاة ، فإذا ما تلفت أثناء نقلها فلا ضمان على من نقلها ، فمعاذ ﷺ نقل الزكاة من اليمن إلى المدينة المنورة بدليل قول معاذ ﷺ لأهل اليمن (ائتوني بعرض ثياب خميص أو لبيس[10] في الصـدقة مكـان الشعير والذرة ، أهون عليكم وخير لأصحاب رسول ا ﷺ بالمدينة)[11] . فمعاذ ﷺ أراد نقـل

---

(1) الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج١ ، ص ٥٠١ .
(2) المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٤٥٧ .
(3) أطفيش ، محمد بن يوسف ، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل** ، ط٣،١٧م،مكتبة الإرشاد ، جدة،١٤٠٥هـ ، ج٣ ، ص ٢٤١ .
(4) الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٥٧ .
(5) رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ، باب وجـوب الزكـاة ، ج٢ ، ص ١٠٨ ، ص ٥٤٤ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام ، ج١ ، ص ٣٨ .
(6) النووي ، **شرح النووي على صحيح مسلم** ، ج١ ، ص ١٩٨ .
(7) المباركفوري ، محمد بن عبد الرحمن ، **تحفة الأحوذي شرح سـنن الترمـذي** ، ط١ ، ١٠م ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٤١٠هـ ، ج٣ ، ص ٢٠٨ .
(8) أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٣ ، ص ٢٤١ .
(9) الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٥٧ .
(10) **خميص :** نوع من الثياب . **لبيس :** أي ملبوس . انظر ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٣ ، ص ٢٤٧ .
(11) رواه البخاري معلقاً ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ، ص ١٢٢ .

الزكاة من اليمن إلى المدينة .فالراجح هو القول الأول ، فالزكاة إذا تلفت أثناء نقلها لا ضـمان على المزكي ، وذلك لوجود الإذن من الشارع بنقل الزكاة ، فوجود الإذن يمنع ترتب الضـمان عليه . فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو تنفيذ أمر الشارع ، فالشارع أذن في نقل الزكاة من بلد إلى آخر .

المسألة الثانية

إذا عجل المزكي زكاة ماله قبل الحول بمدة يسيرة وتلف المال قبل وصوله لمستحقيه ، فهل يضمنه أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن المالك ذلك وأجزأه إخراجها ، وبذلك قال : المالكية وجزم ابن المواز[(١)] بأنه المذهب[(٢)] .

حجة أصحاب القـول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أنها زكاة وقعت موقعها ؛ لأن ذلك الوقت في حكم وقت وجوبها[(٣)] ، وهو بمثابة إذن الشارع .

القول الثاني : لا تجزئه عن الزكاة وعليه ضمان بدلها[(٤)]، وبذلك جزم ابن رشد[(١)] .

المناقشة والترجيح :

أن ما استدل به الفريق الأول دليل متجه ، فهذه الزكاة وقعت موقعها ، وهذا الوقت يعد وقت وجوبها ، فلا يجوز تضمين المزكي الذي عجل زكاة ماله ؛ لأن تعجيلـه كـان لمصـلحة الفقراء ونحوهم ، فلا يعقل أن نكلفه بإخراجها مرة أخرى .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، وهو أنه لا يضمن تلف مـال الزكـاة ؛ لأن ذلك في وقت حكم وجوبها ، وهو بمثابة تنفيذ أمر الشارع .

المسألة الثالثة

إذا كان للصبي والمجنون مال وقد بلغ نصاباً ، وليس للأب مال ، فتجب صدقة الفطـر عليهما ، فإذا أدى الأب عنهما ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **فيها قولان للحنفية**[(٢)] :

([1])**ابن المواز :** فقيه الديار المصرية أبو عبد ا محمد بن إبراهيم بن زياد الاسـكندراني المـالكي **،** صـاحب التصانيف أخذ المذهب عن عبد ا بن عبد الحكم ، وابن الماجشون ، وأصبغ ، انتهت إليـه رئاسـة المـذهب والمعرفة بدقيقه وجليله ، وله مصنف حافل في الفقه ، وقد قدم دمشق في صحبة السلطان أحمد بن طولون ، قال أبو سعيد بن يونس توفي سنة ٢٦٩هـ . انظر ، الذهبي ، محمد بن أحمد ، **سير أعلام النـبلاء ،** ط٩ ، ٢٣م ، (تحقيق شعيب الأرناؤوط) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣هـ ، ج١٣ ص٦ .

([2])الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج١ ، ص ٥٠٢ .

([3])المصدر نفسه ، ج١ ، ص ٥٠٢ .

([4])المصدر نفسه، ج١ ، ص ٥٠٢ .

القول الأول : تجب صدقة الفطر عليهما ، ولا ضمان عليه إذا أدى الصدقة عنهما ،وبذلك قال : أبو حنيفة وأبو يوسف .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن فيها معنى العبـادة والمؤونـة ، فتجب اعتباراً بالمؤونة .

القول الثاني : لا تجب صدقة الفطر عنهما ، وبذلك قال : محمد وزفر(٣) .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بما يأتي : لأن فيها معنى العبادة ، فلا تجب في مالهما .

المناقشة والترجيح :

إن ما استدل به أصحاب القول الأول كلام معقول ، فصدقة الفطر فيها معنـى العبـادة البدنية والمالية ، فتكون واجبة في مال الصغير اعتباراً بالجانب المالي فيها ، فالزكاة المفروضة تجب في مال الصبي ويؤديها وليه نيابة عنه.ومن قال أنها عبادة محضة فكلامه يخلو من الدقة .

فالراجح هو القول الأول ، فلا يضمن الولي إذا أدى الصدقة عن الصغير والمجنون من مالهما ؛ لأن الجانب المالي في الصدقة أرجح من الجانب العِبَادي .

فالمانع من ترتب الضمان وهو تنفيذ أمر الشارع الذي أوجـب صـدقة الفطـر علـى المسلمين كبيرهم وصغيرهم .

المسألة الرابعة

إذا أكل صاحب البستان أو أطعم غيره من الثمر بالمعروف ، فهل يضمن ذلـك أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا يضمن عشْرَه ، لكن يعتد به في تكميل النصاب ، فإذا بلغ الكـل نصـاباً أدى عشر ما بقي ، وبذلك قال : الحنابلة(٤)، وأبو يوسف ومحمد(٥) ، والإباضية في قول(١) .

حجة أصحاب القول الأول :استدلوا من السنة النبوية الشريفة بما يأتي :

١-قوله ﷺ ﴿ **إذا خرصتم**(٢) **فخذوا ودعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع**﴾(٣).

---

(1)**ابن رشد :** هو محمد بن أحمد الشهير بالحفيد ، من قرطبة، قاضي الجماعة ، استظهر الموطأ حفظاً على أبيه ،ودرس الفقه والأصول وعلم الكلام،صنف وهذب ما يقارب عشرة الآف ورقة ،ولد سنة٥٢٠هـ ، وتوفي سنة ٥٩٥هـ .انظر،ابن فرحون ، إبراهيم بن علي ، **الديباج المذهب** ، دار الكتب العلمية ، بيروت،ص٢٨٤-٢٨٥ .

(2)السمرقندي ، **تحفة الفقهاء** ، ج١ ، ص ٣٣٥ .

(3)**زفر :** هو زفر بن هذيل بن قيس العنبري ، من كبار فقهاء المذهب الحنفي ، أقام بالبصرة وولي قضـائها ، توفي سنة ١٥٨هـ ، ابن العماد ، عبد الحي ، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، ط٢ ،١٠م ، دار المسيرة ، بيروت ، ١٩٧٩م ، ج١ ، ص ٢٤٣ . الزركلي ، خير الدين ، **الأعـلام** ، ط١٠ ،٨م ، دار العلـم للملايـين ، بيروت ، ١٩٩٢م ،ج٣ ، ص ٤٥ .

(4)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٢٥٠ .المرداوي ، **الإنصاف** ، ص ١١١-١١٢ .

(5)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٦٤ .ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٢ ، ص ٣٦٢ .

٢-وقال ﷺ ﴿ **خففوا في الخرص فإن في المال العرية**[٤] **والوطية**[٥] **والأكلة**[٦]﴾ [٧] .

وجه الدلالة من الحديثين : أن هذا أمر بالتخفيف في الخرص : وهو أن في المال عرية ووصية ، فلو ضمن عشر ما تصدق أو أكل هو وأهله لم يتحقق التخفيف ؛ لأنه لو ضمن ذلك لامتنع من الأكل خوفا من العشر وفيه حرج ، إلا أنه يعتد بذلك في تكميل النصـاب ، لأن نفـي وجـوب الضمان عنه تخفيفا عليه ونظراً له ، وفي عدم الاعتداد به في تمام الأوسق ضرر به وبـالفقراء وهذا لا يجوز[٨] .

القول الثاني : يضمن ذلك ، ويخرج زكاة ما أكله ، وبذلك قال : أبو حنيفة وزفر[٩] ، والإباضية في قول[١٠] .

المناقشة والترجيح :

أن الأدلة من السنة النبوية هي أدلة صريحة وواضحة في وجوب التخفيف في الخرص ، وهذا يتفق مع مبادئ السماحة ورفع الحرج التي جاء بها الإسلام ، كقوله تعـالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [١١] .

فالراجح هو القول الأول فيمتنع الضمان ، وذلك لأن الشـارع أذن لصـاحب البسـتان والثمار بالأكل منها بالمعروف ، وبما لا يؤثر على نصيب الفقراء .

([1])أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٢ ، ص ٤٣-٤٤ .

([2])**الخرص :** حزر الثمرة على الشجرة . انظر ، المناوي ، محمد عبـد الـرؤوف . **التعـاريف** ، ط١ ، ١م ، (تحقيق محمد الداية) ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ودمشق ، ١٤٠١هـ ، ص ٣١٠ .
الجذاذ : قطع الثمر عن الشجر وفصله . انظر ، ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٣ ، ص ٤٧٩ .

([3])رواه الترمذي واللفظ له ، **سنن الترمذي** ، باب ما جاء في الخرص ، حديث رقم " ٦٣٨ " ، ج٢ ، ص ٧٧ .
قال الترمذي: والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم . ورواه الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، ج١ ، ص ٤٠٢-٤٠٣ . **قال الحاكم :** هذا حديث صحيح الإسناد وله شاهد بإسناد متفق على صحته أن عمر ﷺ أمر به . وانظر ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٣ ، ص ٢٧٤ .

([4])**العرية :** هي النخلة التي يعريها الرجل محتاجاً لثمرتها . انظر ، الزمخشري ، محمود بن عمر . **الفـائق** ، ط٢ ،٤م ،(تحقيق علي البجاوي) ، دار المعرفة ، لبنان ، ج١ ، ص ٢٩٨ .

([5])**الوطية :** من يغشى أهل البستان ويزورهم . انظر ، البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٤ ، ص ١٢٤ .

([6])**الأكلة :** أهل المال يأكلون منه رطباً فلا يخرص . انظر ، البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٤ ، ص ١٢٤ .

([7])هذا الحديث رواه ابن عبد البر عن جابر مرفوعاً وفي إسناده ابن لهيعة . ، انظر ، ابـن حجـر ، **تلخـيص الحبير** ، ج٢ ، ص ١٧٢ . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٢ ، ص ١٣٤ . العظيم آبادي ، **عون المعبود** ، ج٩ ، ص ٢٠٠ . الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٤ ، ص ٢٠٦ . فالحديث ضعيف .

([8])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٦٤ .

([9])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٦٤ .ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٢ ، ص ٣٦٢ .

([10])أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٢ ، ص ٤٣-٤٤ .

([11]) سورة الحج ، من الآية/٧٨ .

المطلب الثالث

أمر ولي الأمر

إذا أذن أو أمر ولي الأمر -وهو الحاكم- بتصرف من التصرفات ، فترتب على هذا التصرف تلف مال الزكاة ، فيكون الإذن مانعاً من ترتب الضمان بناءً على هذا الإذن ، ويتضح ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا تلف مال الزكاة بعد أن عزله المزكي عن بقية ماله بإذن الإمام أو من أذن له بالإذن ، فهل يضمن المزكي ذلك أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن مال الزكاة إذا تلف ، وذلك لوجود إذن الإمام ، وبذلك قال : الزيدية[١] ، والإمامية بشرط عدم التفريط[٢] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن وجود إذن الإمام يمنع من ترتب الضمان ، وأيضاً أن المالك لم يفرط في ذلك[٣] .

القول الثاني : إنه يضمنها ولا تسقط الزكاة عن المزكي ، وبذلك قال : الحنابلة[٤] .

ويستدل لهم : بأن الزكاة حق للفقراء ونحوهم ، ولم يصل هذا الحق إليهم ، فوجب ضمانه بأن يخرج المزكي بدل التالف .

المناقشة والترجيح :

أن حجة أصحاب القول الثاني بأن حق الفقراء لم يصل إليهم فوجب ضمانه ، كلام غير متجه ؛ لأن إذن الإمام مانع من ترتب الضمان ، وإلا كان في إلزام المزكي ضمان التالف من مال الزكاة مشقة وإجحاف في حقه .

فالراجح هو القول الأول ، فلا يضمن المزكي في هذه الحالة ، وذلك لوجود الإذن من الإمام ، وأيضاً لعدم وجود التفريط منه ، فيمتنع الضمان لهذه الأسباب .

فالمانع من الضمان وجود الأمر من الحاكم .

---

(1)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٤٥٧ .

(2)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٣٠٤ .

(3)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٤٥٧ .الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٣٠٤ .

(4)المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ٢١٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٥٤٣ .

المسألة الثانية

لو أن صبياً أدى أبوه زكاة أرضه الزراعية أو أدى ذلك وصيه إلى السلطان ، فلا ضمان عليهما وكيف يضمنا والسلطان يطالبهما بذلك ويجبرهما على الأداء ، وبذلك قال : الحنفية[١] . فالمانع من الضمان في هذه المسألة وجود الأمر من السلطان ، لأن الصغير تجب الزكاة في ماله ويخرجها الولي أو الوصي نيابة عنه .

المطلب الرابع

وجود الإذن

إذا أذن المالك بتصرف من التصرفات ، وأجاز هذا التصرف ، فترتب على هذا التصرف تلف مال الزكاة ، فيكون الإذن مانعاً من ترتب الضمان بناءً على هذا الإذن ، ويتضح ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أخرج الفضولي[٢] زكاة غيره إلى فقير ، ولم تكن له ولاية ولا وكالة ، فعلم المالك فأجاز ما فعله لم تلحقها الإجازة ولا تجزيء عن زكاة المالك ، لكن هل الإجازة تمنع الضمان عن الفضولي والفقير أم لا ؟ ، **قولان للزيدية**[٣] **:**

القول الأول : إن الإجازة تمنع الضمان عن الفضولي والفقير .

القول الثاني : الإجازة لا تسقط الضمان عن الفضولي .

الترجيح : الراجح هو القول الأول ، فإجازة المالك تمنع الضمان عن الفضولي والفقير ، فلا يضمنان مال الزكاة التالف ، لوجود الإجازة من المالك . فالمانع من الضمان إجازة المالك .

المسألة الثانية

إذا حال الحول على مال الشريكين[٤] المفاوضين فأمر كل واحد منهما صاحبه بأداء الزكاة فهذا على وجهين :

الوجه الأول : أن يؤديا معاً ، فإن أديا معاً ، فهل يلزم الضمان ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(1) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣ ، ص ٥٢ .

(2) **الفضولي :** هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات**، ص٢١٥ .

(3) المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج١ ، ص ٥٣٦ .

(4) **الشركة :** اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر . انظر ، القونوي ، قاسم بن عبد ا . **أنيس الفقهاء** ، ط١ ، ١م ،(تحقيق أحمد الكبيسي) ، دار الوفاء ، جدة ، ١٤٠٦هـ ، ص ١٩٣ .

القول الأول : لا يضمن أي واحد منهما ، وبذلك قـال : الحنابلـة فـي الروايـة الثانيـة[١] ، والصاحبان[٢] .

وحجـتهم : يمكن أن يستدل لهم : أن كل واحد من الشريكين مأذون له في التصـرف ، وهـذا الإذن يمنع من ترتب الضمان على أي واحد منهما .

القول الثاني : يضمن كل واحد منهما لصاحبه حصته مما أدى ، وبذلك قال : أبو حنيفـة [٣] ، والحنابلة في رواية[٤] .

حجة أصحاب القول الثاني : لأن كل واحد منهما انعزل من طريق الحكم عن الوكالة ؛ لأن من عليه الزكاة أخرج زكاته بنفسه[٥] .

المناقشة والترجيح :

أن ما استدل به أصحاب القول الثاني ، ليس بالدليل القوي ، فكل واحد من الشريكين لم ينعزل عن التصرف ، بل على العكس كل واحد منهما مأذون له في التصرف ، فلا ضمان على أي واحد منهما ، لوجود الإذن لكليهما في التصرف .

فالراجح هو القول الأول القائل بامتناع الضمان في هذه الحالة ؛ لأن كـل واحـد مـن الشريكين أذن لصاحبه بذلك ، بل أمره بالإخراج ، والإذن من المالك يمنع من ترتب الضـمان في هذه الحالة .

الوجه الثاني : أن يؤديا على التعاقب ، فإن أديا على التعاقب ، فهل يلزم الضـمان ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : إن علم بأداء صاحبه يضمن وإلا فلا وبذلك قال : الحنابلة في رواية[٦] ، والصاحبان ، وفي الصحيح عندهما لا ضمان عليه سواء علم بأداء شريكه أولم يعلم[٧] .

---

(1) اشترط الحنابلة عدم علمه بإخراج صاحبه للزكاة . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ١٦٣ . ابن قدامـة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٦٣٥ .

(2)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢ ، ص ٢٠٩ .

(3)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢ ، ص ٢٠٩ .

(4)المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ١٦٣ .ابن قدامة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٦٣٥ .

(5)المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ١٦٣ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٦٣٥ .

(6)المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ١٦٣ .ابن قدامة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٦٣٥ .

(7)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢ ، ص ٢٠٩ .

القول الثاني : لا يجب الضمان على المؤدي أولاً منهما لصاحبه ، ويضـمن المـؤدي آخـراً لصاحبه حصته مما أدى سواء علم بأدائه أولم يعلم ، وبهذا قال : أبو حنيفة[١] ، والحنابلـة فـي رواية[٢] .

المناقشة والتـرجيح : الراجح هو القول الأول ، فإذا علم أن شريكه أخرج الزكاة ثم قـام هـو بإخراجها ضمن ، وإلا فلا ضمان عليه ، وذلك لوجود الإذن السابق بالإخراج .

فالمانع من الضمان إجازة المالك .

المطلب الخامس

الردة والموت

إذا ارتد من وجبت عليه الزكاة أو مات قبل أدائها ، فيعد ذلك مانعاً من ترتب الضـمان عن المزكي .

أولاً : إذا ارتد من وجبت عليه الزكاة بأن حال عليها الحـول ، فهـل يسـقط ضـمانها أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : يسقط ضمانها عن المرتد ، حتى لو أسلم لا يجب عليـه الأداء ، وبـذلك قـال : الحنفية[٣] ، والشافعية في قول[٤] ، والحنابلة في المذهب[٥] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة النبوية ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : قول رسول ا ﷺ ﴿ **الإسلام يجب ما قبله**﴾[٦].

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : لأن المرتد ليس من أهل أداء العبادة فلا يكـون من أهل وجوبها فتسقط عنه بالردة[٧] .

---

(1)المصدر نفسه، ج٢ ، ص ٢٠٩ .

(2)المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ١٦٣ .ابن قدامة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٦٣٥ .

(3)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٥٣ .

(4)الشافعي، **كتاب الأم** ،ج٢،ص٢٩.الرافعي، **فتح العزيز** ،ج٥،ص٥١٩.النووي ، **روضة الطالبين** ،ج٢،ص٤.

(5)المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ٦ .

(6)أخرجه الهيثمي واللفظ له ، **مجمع الزوائد** ، باب الإسلام يجب ما قبله ، ج١ ، ص ٣١ . وذكره الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج١ ، ص ٢٨٢ . **قال الألباني :** وهذا الحديث صحيح . انظر ، الألباني ، محمد ناصر الـدين ، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** ، ط٢، ٨م ، (تحقيق زهير الشـاويش) ، المكتـب الإسـلامي ، بيروت ، ١٩٨٥م ، حديث رقم"١٢٨٠ "،ج٥،ص١٢١ . **قال العجلوني :** رواه ابن سعد في طبقاته ، ورواه أحمد والطبراني عن عمرو بن العاص . انظر ، العجلوني ، **كشف الخفاء** ، حديث رقم " ٣٦٣ " ، ج١ ، ص ١٢٧ .

(7)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٥٣ . الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج٥ ، ص ٥١٩ . المـرداوي ، **الإنصـاف** ، ج٣ ، ص ٦ .

القول الثاني : لا يسقط ضمان الزكاة بالردة ، وبهذا قال : الشـافعية فـي القـول الثـاني[١] ، والحنابلة في رواية ثانية[٢] ، والإمامية في الأظهر[٣] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أنه حق مالي فلا يسقط بالردة كالدين[٤] .

٢-أن الإمام يأخذها من الممتنع ولو كان مسلماً ، فكذلك هنا يأخذها من المرتد[٥] .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به أصحاب القول الثاني ليس بالاحتجاج المتجه ؛ لأن الإسلام يجب ما قبله والمرتد في حال ردته ليس من أهل العبادة بخلاف المسلم الممتنع من إخراجها فهو مـن اهـل العبادة . وأما ما احتج به أصحاب القول الأول فهو احتجاج قوي فالمرتد تسقط عنه الزكـاة ولا يطالب بها لانتفاء التكليف عنه في حال الردة .

فالراجح هو القول الأول ؛ لأن الزكاة يمتنع ضمانها على المرتد ؛ لأنه بالردة تسقط عنه الزكاة ، لأن الإسلام يجب ما قبله ، فلو أسلم المرتد لا يجب عليه أن يزكي ما وجب عليه قبـل الردة .

ثانياً : إذا مات من وجبت عليه الزكاة من غير وصية سقط عنه ضمان الزكاة في أحكام الـدنيا فلا تؤخذ من تركته ، ولا يؤمر الوارث بالأداء من تركة الميت ، أما إذا أوصى بـالأداء فـلا يسقط ضمان الزكاة ويؤدى من ثلث ماله ، وبذلك قال : الحنفية[٦] ، والمالكية في قول[٧] .

حجة أصحاب هذا القول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٨] :

١- أن الزكاة عبادة والعبادة لا تتأدى إلا باختيار من عليه إما بمباشرته بنفسه أو بأمره أو إنابته غيره ، فيقوم النائب مقامه فيصير مؤديا بيد النائب ، وإذا أوصى فقد أناب ، وإذا لم يوص فلـم ينب ، فلو جعل الوارث نائبا عنه شرعا من غير إنابته لكان ذلك إنابة جبرية ، والجبـر ينـافي

---

(1)الشافعي، **كتاب الأم** ،ج٢،ص٢٩.الرافعي، **فتح العزيز** ،ج٥،ص٥١٩.النووي ، **روضة الطالبين** ،ج٢،ص٤.
(2)المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٣ ، ص ٦ .ابن قدامة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٦٤٢- ٦٤٣ .
(3)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٧ ، ص ٨٤ .
(4)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٢ ، ص ٦٤٢- ٦٤٣ .
(5)المصدر نفسه، ج٢ ، ص ٦٤٢- ٦٤٣ .
(6)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٥٣ .
(7)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج١ ، ص ٢٠٠ .
(8)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ص ٥٣ .

العبادة ، إذ العبادة فعل يأتيه العبد باختياره ، ولهذا قلنا إنه ليس للإمام أن يأخـذ الزكـاة مـن صاحب المال من غير إذنه جبراً ، ولو أخذ لا تسقط عنه الزكاة .

٢- أن الزكاة وجبت بطريق الصلة فلا يقابلها عوض مالي والصلات تسقط بالموت قبل التسليم.

فالموت يمنع من ضمان الزكاة ، وتسقط الزكاة عن الميت فلا تستوفى من تركته ، هذا في حالة لم يوص قبل موته بإخراجها من التركة ، أما إذا أوصى فلا يسقط ضـمانها ، وذلـك لوجود الوصية .

المبحث الرابع

موانع الضمان في مسائل الحج

سوف يكون الكلام على موانع الضمان في المسائل المتعلقة بالحج[1] بما يخص الجانب المالي لهذه العبادة ، وخاصة الصيد في الحرم والاعتداء على شجره[2] ، وذلـك مـن خـلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : حكم صيد الحرم ، وحكم قطع شجره ، وكيفية ضمانه .

المطلب الثاني : قصد الصلاح .

المطلب الثالث : الفعل المباح .

المطلب الرابع : عدم التعدي والتفريط .

المطلب الخامس :عدم مباشرة الفعل .

المطلب السادس : عدم الأهلية .

المطلب السابع : الإكراه .

المطلب الثامن : حالة الضرورة .

المطلب التاسع : عدم قصد الإتلاف .

المطلب العاشر : عودة المتْلَف إلى الحالة التي كان عليها .

المطلب الحادي عشر : الكفر .

المطلب الأول

([1])**الحج شرعاً :** قصد الكعبة بصفة مخصوصة في زمن مخصوص بشروط مخصوصة .انظـر ، المنـاوي ، **التعاريف** ، ج١ ، ص ٢٦٨ . الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١١١ .

([2]) **صيد الحرم :** هو الممتنع المتوحش من الناس في أصل الخلقة ، ويتواجد في حرم مكة شرفها ا تعـالى . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٦ .

حكم صيد الحرم وحكم قطع شجره وكيفية ضمانه

أولاً : حكم صيد الحرم :

يحرم اصطياد صيد البر في الحرم على المحرم والحلال ، وبذلك قال جمهور الفقهـاء من الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] .

والأدلة على ذلك :

١- قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ [5]

.

٢-قوله تعالى : ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ﴾ [٦] .

وجه الدلالة من الآيتين : ظاهر الآيتين يقتضي تحريم صيد البر للمحرم عاماً أو مطلقاً ، إلا ما خص أو قيد بدليل[٧] .

٣- وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ لِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَخَافُهُ بِالْغَيْبِ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [٨] .

وجه الدلالة : أن المراد منه الابتلاء بالنهي؛ لأنه رتب على الاعتداء بالاصطياد شدة العذاب[٩] .

٤- قول رسول الله ﷺ عن مكة ﴿ **ولا ينفر صيدها**[١٠] ﴾ [١] .

حكم الناسي والمخطيء : ذكر ا تعالى المتعمد ولم يذكر المخطيء والناسي .

- المتعمد : هو القاصد للشيء مع العلم بالإحرام .
- المخطيء : هو الذي يقصد شيئاً فيصيب صيداً .

---

(١)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٧ .
(٢) الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٢ ، ص ٧٩ .
(٣) الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٤ .
(٤) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٣ .
(5)سورة المائدة ، من الآية / ٩٥ .
(٦)سورة المائدة ، من الآية / ٩٦ .
(٧)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٦ .
(٨) سورة المائدة ، الآية / ٩٤ .
(٩)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٦ .
(10)**لا ينفر صيدها :** أي لا يزعج عن موضعه . انظر ، الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٥ ، ص ٩٤ .

- الناسي : هو الذي يتعمد الصيد ولا يذكر إحرامه[٢] .

اختلفت أقوال الفقهاء في صفة العمد الذي أوجب الله على صاحبه به الكفارة والجزاء في قتله الصيد الذي يكون فيه التحكيم على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا شيء على المخطيء والناسي ، وبذلك قال : الحنابلة في رواية[٣]، وابن عباس وسعيد وطاوس[٤] ، وغيرهم .

وحجتهم : أن الله تعالى لما خص المتعمد بالذكر دل على أن غيره بخلافه ، وأن الأصل براءة الذمة فلا يشغلها إلا بدليل[٥] .

القول الثاني : أن يقتله متعمداً لقتله ناسياً لإحرامه ، وبذلك قال : مجاهد[٦] ، وغيره .

وحجته : لقوله تعالى بعد ذلك : ﴿ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ ﴾ [٧] . قال : ولو كان ذاكراً لإحرامه لوجبت عليه العقوبة لأول مرة . قال : فدل على أنه أراد متعمداً لقتله ناسياً لإحرامه . قال مجاهد : فإن كان ذاكراً لإحرامه فقد حل ولا حج له لارتكابه محظور إحرامه ، فبطل عليه كما لو تكلم في الصلاة أو أحدث فيها ، ومن أخطأ فذلك الذي يجزئه[٨] .

يرد عليه : بأن الله سبحانه أوجب الجزاء ولم يذكر الفساد ، ولا فرق بين أن يكون ناسياً للإحرام أو ناسياً له ، ولا يصح اعتبار الحج بالصلاة فإنهما مختلفان[٩] .

---

(١)رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج١، ص٣٦ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٤ ، ص ١٠٩ .
(٢) القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٦ ، ص ٣٠٧ . الدوري ، قحطان ، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** ، ط٢ ، ١م ، دار الفرقان ، عمان ، ١٤٢٢هـ ، ص٣٠٨-٣٠٩ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١-٥٣٢ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١-٥٣٢ .
سعيد بن المسيب :هو أبو محمد ، ولد بالمدينة لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب ، كان من فقهاء المدينة السبعة ، قال ابن عمر عنه : لو رأى رسول الله ﷺ هذا لسره ، تزوج ابنة أبي هريرة ، توفي في المدينة سنة ٩١ ، وقيل : ٩٢هـ . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ٣٩-٤٤ .
طاوس : هو أبو عبد الرحمن طاوس بن كيسان اليماني ، كان فقيهاً جليلاً من أعلام الناس بالحلال والحرام ، توفي بمكة وهو حاج وذلك سنة ١٠٦هـ . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ٦٥ .
(٥)القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٦ ، ص ٣٠٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣٢ .
(٦)القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٦ ، ص ٣٠٨ . قحطان الدوري ، **عقد التحكيم** ، ص٣١٣ .
مجاهد : مجاهد بن جبر ، شيخ القراء والمفسرين ، روى عن ابن عباس فأكثر وأطاب ، وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه ، وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء ، وهم من أقرانه ، كان يقول :عرضت القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة ، وهو ثقة ، مات سنة١٠٢هـ.انظر، الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج٤ ، ص ٤٤٩-٤٥٥ .
(٧)سورة المائدة ، من الآية / ٩٥ .
(٨)القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٦ ، ص ٣٠٨ . قحطان الدوري ، **عقد التحكيم** ، ص٣١٣ .
(٩)القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٦ ، ص ٣٠٨ . قحطان الدوري ، **عقد التحكيم** ، ص٣١٥ .

القول الثالث : يحكم عليه في العمد والخطأ والنسيان ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، وابن عباس وعمر وعثمان وطاوس وغيرهم[٤] .

وحجتهم : أن فائدة تخصيص الآية (العمد) بالذكر في نسق التلاوة من قوله تعالى﴿ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللّهُ مِنْهُ ﴾ [٥] ، وذلك يختص بالعمد دون الخطأ ،لأن المخطيء لا يجـوز أن يلحقـه الوعيـد ، فخص العمد بالذكر وإن كان الخطأ والنسيان مثله ، ليصح رجوع الوعيد إليه[٦] .

كيفية ضمان صيد الحرم :

يضمن صيد الحرم بالمثل إن كان مثلياً[٧] . بدليل قوله تعـالى :﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاء مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[٨]

واختلفت آراء الفقهاء في المراد بالمثل على قولين :

القول الأول : المِثْل : هو قيمة الصيد ، سواء كان الصيد له مثـل أم لا ، ويقومـه عـدلان ، فالصيد المقتول تقوم قيمته من الدراهم ، ثم يشتري القاتل بقيمته نِداً من النعم / ثم يهديـه إلـى الكعبة إن شاء ، وإن شاء اشترى طعاماً وتصدق به ، وإن شاء صام ، وبذلك قال : أبو حنيفـة وأبو يوسف وابن عباس [٩] .

القول الثاني : المِثْلُ هو من حيث الخلقة والصورة ، لا القيمة . فينظر إلى أشبه الأشياء به من النعم ، فيجزيه به ويهديه إلى الكعبة ، وبذلك قال : عدد كبير من الصحابة والتابعين [١٠].

ثانياً : حكم شجر الحرم :

---

(١) ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٣ ، ص ٥١ .

(٢) الدردير ، **الشرح الكبير** ، ج٢ ، ص ٧٤ .

(٣)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٣-٢٩٤ .

(٤)القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٦ ، ص ٣٠٨ . قحطان الدوري ، **عقد التحكيم** ، ص٣١٦-٣١٧ .

(٥)سورة المائدة ، من الآية / ٩٥ .

(٦) الجصاص ، أحمد بن علي ، **أحكام القرآن** ،٥م ،(تحقيق محمد قمحاوي)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج٢ ، ص ٥٨٨ .

(٧)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٥٩ .

(٨)سورة المائدة ، من الآية / ٩٥ .

(٩)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٨. قحطان الدوري ، **عقد التحكيم** ، ص٣٢٤ .

(١٠) الشافعي ، **الأم** ، ج٢ ، ص ٢١٠-٢١٢ . ابن حزم ، **المحلى** ، ج٧ ، ص ٢٢٤-٢٢٥ . قحطان الدوري ، **عقد التحكيم** ، ص٣٣٢-٣٣٣ .

يحرم قطع شجر الحرم للمحرم والحلال ويضمن القاطع ذلك ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .وذهب مالك : إلى تحريمه إلا أنه لا يضمن وكره قطعه وأمره بالاستغفار[٤] .

الأدلة على ذلك : قول رسول ا ﷺ عن مكة ﴿ **لا يختلى شوكها**[٥] **ولا يعضد شجرها** ﴾ فقال العباس ﷺ إلا الإذخر لصاغتنا وقبورنا ، **فقال :**﴿ **إلا الإذخر**[٦] ﴾ [٧] .

وجه الدلالة : أن الحديث يجري على عمومه إلا ما خص بدليل وهو الإذخر[٨] .

كيفية ضمان شجر الحرم ونباته :

يضمن شجر الحرم بمقدر ، ففي الشجرة الكبيرة بقرة ، وفي الشجرة الصغيرة شاة ، وبذلك قال ابن عباس ﷺ ، والحشيش يضمن بقيمته ، والغصن بما نقص منه[٩] .

المطلب الثاني

قصد الصلاح

إذا كان قصد الشخص من التصرف الذي ترتب عليه إتلاف المحرم للصيد الصلاح وعدم الإفساد ، فيكون هذا القصد مانعاً من ترتب الضمان على المتْلِفِ ؛ لأنه قصد الخير والصلاح ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

لو خاص المحرم صيداً[١٠] من فم سبع أو هرة أو نحوهما ، وأخذه ليداويه ثم يرسله ، أو رآه مجروحا فأخذه ليداويه ثم يرسله فمات في يده ، فهل يضمن المحرم ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن ، وبذلك قال : الشافعية في الأصح[١١] ، والحنابلة[١٢] ، وعطاء[١] .

---

(١) ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٣ ، ص ٧٦ .
(٢) النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٧ .
(٣) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٤ .
(٤) مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٤٦ .
(5)**لا يختلى خلاها :** أي لا يقطع نباته الرطب لاحتشاشه . انظر ، الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٥ ، ص ٩٤ .
(6)**الإذخر :** نبت معروف عند أهل مكة طيب الريح له أصل مندفن وقضبان دقاق ،وأهل مكة يسقفون به البيوت بين الخشب ، ويسددون به الخلل بين اللبنات في القبور .انظر، الشوكاني ، **نيل الأوطار** ،ج٥، ص ٩٤ .
(7)رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج١، ص٣٦ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٤ ، ص ١٠٩ .
(8)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢١٠ .
(٩)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٧-٣٦٨ .
(10)**الصيد :** هو الممتنع المتوحش من الناس في أصل الخلقة ، إما بقوائمه أو بجناحه . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٦ .
(11)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٧ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٤ . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٣٦٧ .
(12)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٩ .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بالأدلة الآتية :

١- لأن المحرم قصد بذلك التصرف الصلاح والخير ، ولم يتعد ولم يقصر[٢] .

٢- أنه فعل أبيح لحاجة الحيوان ، فلم يضمن ما تلف به ، قياساً على ولي الصبي إذا قام بمداواته فمات خلال المداواة ، فلا يضمن الولي ذلك ؛ لأنه قصد الصلاح والخير[٣] .

القول الثاني : يضمن المحرم ذلك ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[٤] ، وقتاده[٥] [٦] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من القرآن الكريم والمعقول :

أولاً : الأدلة من القرآن الكريم : واستدلوا بعموم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ [٧] .

يجاب عن الآية : أن فعله غير متعمد ؛ لأنه لم يقصد قتله فلا تتناوله الآية[٨] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : أنه لم يقصد قتله فأشبه القتل الخطأ ، والقتل الخطأ فيه الضمان[٩] .

المناقشة والترجيح :

أن الآية التي احتج بها أصحاب القول الثاني لا تصلح للاحتجاج بها لهم ؛ لأنها تبين أن النهي فيها يتوجه للمتعمد ، ومن قصد الخير والصلاح ليس بمتعمد . كما أن قياس قتل الصيد في هذه الحالة على القتل الخطأ قياس مع الفارق فقاتل الصيد هنا قصد الخير والصلاح للصيد وقاتل الإنسان خطأً لم يقصد ذلك . وأما ما احتج به أصحاب القول الأول فهو قوي من حيث

---

(1) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ .
عطاء : هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح ، كان أسود مفلفل الشعر ، أفطس الأنف ، من أعلام الناس بالمناسك ، من علماء التابعين ، وهو من أجل فقهاء عصره ، مات عطاء وهو أحظى أهل الأرض عند الناس ، توفي سنة ١١٥هـ . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ،ص٥٧ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ،ج٥، ص ٨٠-٨٢ .

(2) النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٧ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٩ .

(3) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٩ .

(4) النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٧ .

(5) **قتادة : هو** قتادة بن دعامة السدوسي ، يكنى أبا الخطاب ، قال : ما سمعت أذناي شيئا قط إلا وعاه قلبي ، كان يختم القرآن في كل سبع ليال مرة فإذا جاء العشر ختم في كل ليلة مرة ، كان يرسل الحديث ، توفى سنة ١١٧هـ .انظر، السمعاني ، عبد الكريم بن محمد ، **الأنساب** ، ط١ ، ٥م ، دار الجنان ، بيروت ، ١٤٠٨هـ ، ج٣ ، ص ٢٣٥-٢٣٦ .

(6) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ .

(7) سورة المائدة ، من الآية / ٩٥ .

(8) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ .

(9) المصدر نفسه، ج٣ ، ص ٥٣١ .

الدليل ، فمن قصد الصلاح لم يكن متعدياً وغير المتعدي لا ضمان عليه ، والله تعالى يقول :﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[١] وأن ما قام به المحرم كان لحاجة الحيوان ، ولم يقصد قتله فلا ضمان عليه .

فالراجح هو القول الأول الذي ينص على عدم وجوب الضمان ، وذلك لما يأتي :

١- أن المحرم قصد فعل الخير ، ومن قصد فعل الخير لا ضمان عليه .

٢- أن الاحتجاج بالآية ليس في محله ؛ لأن الآية أوجبت الجزاء في حالة التعمد في قتل الصيد ، فلا دليل لهم فيها .

فالمانع من الضمان أن المحرم قصد الإصلاح والخير للصيد .

المطلب الثالث

الفعل المباح

يعد الفعل المباح مانعاً من ترتب الضمان على تصرفات المحرم بالحج فيما لو أتلف صيداً ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا نصب شخص قبل أن يحرم بالحج أو العمرة شبكة أو فخاً ونحو ذلك ، ثم أحرم ، فوقع بها صيد فلا يضمنه بلا خلاف ، وبذلك قال : الحنفية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والإباضية[٥] .

وحجتهم : استدلوا بما يأتي : لأنه لم يوجد منه بعد إحرامه تسبب إلى إتلافه ، قياساً على ما لو صاده قبل إحرامه وتركه في منزله فتلف بعد إحرامه ، أو باعه وهو متحلل فذبحه المشتري ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة[٦] . فالمانع من الضمان أن المحرم باشر فعلاً مباحاً ، وهو جواز الصيد حال التحلل من الإحرام خارج الحرم .

---

(١)سورة التوبة ، الآية /٩١ .

(٢) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٨٨ .

(٣)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٨ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٤ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٤٠ . واشترط الحنابلة في عدم الضمان أن لا يكون حيلة ، فإن كان حيلة فمهوم كلامهم أنه يضمن ذلك . انظر ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٤ .

(٥)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٦ .

(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٤٠ .

المسألة الثانية

إذا أمسك المحرم صيداً ولم يرسله من يده حتى حل من إحرامه فقتله ، فهل يضمن ذلك الصيد أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يجب الضمان في هذه الحالة ، وبذلك قال:الحنفية[١] ، والشافعية في قول[٢] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه قتله وهو حلال ، فلا ضـمان عليه في هذه الحالة ؛ لأنه تصرف فيه تصرفاً مباحاً[٣] .

القول الثاني : يجب الضمان ، وبذلك قال: المالكية[٤] ،والشافعية في الأصح[٥] ،والحنابلة[٦].

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه ضمنه باليد في الإحـرام فـلا يزول الضمان إلا بالإرسال[٧] .

المناقشة والترجيح :

أن ما استدل به الفريق الأول غير متجه ، فلا يضمن الصيد في هذه الحالة باليـد ؛ لأن المحرم عندما باشر قتل هذا الصيد لم يكن محرماً ، بل كان قد تحلل من الإحرام ، وا تعالى يقول : ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ﴾ [٨] . فمفهوم الآية الكريمة يدل على أن الصيد لا يحرم في بعد التحلل من الإحرام . وأن أدلة الفريق الأول قوية ومنسجمة مـع الآية السابقة .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول القائل بأنه لا ضمان عليه ، وذلك لما يأتي :

١-لأنه عندما قتله لم يكن محرماً ، بل كان قد تحلل من الإحرام .

٢-أن الأصل في الأشياء الإباحة ، والصيد من المباحات بعد التحلل من الإحرام .

٣-أنه لم يتلفه خلال إحرامه حتى يجب عليه الضمان ، والإتلاف قد تم بعد التحلل من الإحرام .

فالمانع من الضمان أن المحرم باشر فعلاً مباحاً ، مما يمنع من ترتب الضمان عليه .

المسألة الثالثة

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٨٩ .
(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠١ .
(3)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠١ .
(4) الأصبحي ، مالك بن أنس ، **المدونة الكبرى** ، ٦م ، مطبعة السعادة ، مصر ، ج١ ، ص ٤٤٠ .الحطـاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٠ .
(5)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠١ .
(6)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٨ .
(7)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠١ .
(8) سورة المائد ، الآية / ٩٦ .

إذا رمى شخص من الحل إلى صيد في الحل ومر السهم في موضع من الحرم فأصابه ، فهل يضمن ذلك الصيد أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمنه ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والشافعية في القول الثاني[٢] ، والحنابلة[٣].

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١- لأن السهم دخل إلى الحرم بغير قصده واختياره[٤] .

٢- لأن الصيد في الحل والرامي في الحل ، ومرور السهم في هواء الحرم لا تثبت به حرمة الحرم في حق الصيد ولا في حق الرامي[٥] .

القول الثاني : يجب ضمانه ، وبذلك قال : المالكية[٦] ، والشافعية في قول[٧] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن السهم مر من الحرم إلى الصيد ، وهذا المرور يوجب الضمان فكأنه صاده في الحرم[٨] .

المناقشة والترجيح : أن ما احتج به أصحاب القول الأول ليس بالقول الصواب ، فمرور السهم في هواء الحرم لا يجعل من الصيد أنه صيد حرم .

فالراجح لا يجب الضمان عليه وهو ما قاله أصحاب القول الأول ، وذلك لما يأتي :

١- أن مرور السهم في الحرم كان بغير قصد ، والمرور لا يجعل من الصيد صيداً من الحرم .

٢- أن الرامي ممن أبيح لهم الصيد ؛ لأنه غير محرمٍ ، وعندما رمى إلى الصيد كان الرامي في أرض الحل التي يباح فيها الصيد ، والصيد إنما حرمَ على المحرم ، والضمان على من كان متعمداً ، والرامي في هذه المسألة لم يكن متعمداً ، بدليل قوله تعالى ﴿وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾[٩] .

٣- أن الصيد المرمي بذلك السهم هو من صيد الحل ، فهو مباح .

فالمانع من الضمان أن المحرم باشر فعلاً مباحاً ، مما يمنع من ترتب الضمان عليه .

المسألة الرابعة

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٩ .
(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤١ .
(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٢ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٥ .
(4)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٥ .
(5)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٩ . النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤١ .
(6)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٣٥ .
(7)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤١ .
(8)المصدر نفسه ، ج٧ ، ص ٤٤١ .
(9)سورة المائدة ، من الآية / ٩٥ .

إذا كان أصل الشجرة في الحرم وأغصانها في الحل ، فوقعت حمامة على غصن في الحل ، فرماه من الحل فأصابه ، فهل يجب عليه الضمان أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه،وبذلك قال: جمهور الفقهاء من الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] ، والزيدية[٤] ، والإباضية[٥] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بالأدلة الآتية[٦] :

١-أن الأصل حل الصيد ، بناءً على قاعدة : (**الأصل في الأشياء الإباحة**)[٧] .

٢-لأنه صيد حل صاده حلال فلم يحرم كما لو كانا في الحل .

٣-لأن الجزاء إنما يجب في صيد الحرم أو صيد المحرم ، وهذا ليس بواحدٍ منهما .

٤-لأن الحمام غير تابع للشجرة فهو كطير في هواء الحل[٨] .

القول الثاني : يجب عليه الضمان ، وبذلك قال : ابن الماجشون[٩] وإسحاق[١٠] [١١] .

حجة أصحاب القول الثاني:استدلوا بما يأتي:لأن الغصن تابع للأصل وهو في الحرم فيضمن[١٢].

المناقشة والترجيح :

أن احتجاج الفريق الثاني لا يصح ؛ لأن الغصن وإن كان تابعاً للأصل الموجود في الحرم إلا أن الذي يهمنا أن الحمامة موجود في الحل ، وما دامت موجودة في الحل جاز صيدها ، ولا ضمان على من فعل ذلك . وأن أدلة أصحاب القول الأول قوية في دلالتها على المراد ؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة.

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ١٠٣ . الكاساني، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢١١ .

(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤١-٤٤٢ .

(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٥ .

(4)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج ٢ ، ص ١٠٤ .

(5)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١١٨ .

(6)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦١ .

(7)الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٦٨٩) ، ج٢ ، ص ١٠٨٢ .

(8)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤١-٤٤٢ .

(9)**ابن الماجشون :** العلامة الفقيه مفتي المدينة أبو مروان عبد الملك بن الإمام عبد العزيز بن عبد ا بن أبي سلمة بن الماجشون التيمي مولاهم المدني المالكي تلميذ الإمام مالك ، كان مفتي أهل المدينة ، كان فقيها فصيحا ، توفي سنة ٢١٣هـ . انظر ، الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج١٠ ، ص ٣٥٩-٣٦٠ .

(10)**إسحاق :** هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد المعروف بابن راهويه ، ولد سنة ١٦٦هـ ، وتوفي سنة ٢٤٣هـ بنيسابور ، فقيه مشهور من أصحاب أحمد بن حنبل ، ابن أبي يعلى ، محمد . **طبقات الحنابلة** ، ٢م ، دار المعرفة ، بيروت ، ج١ ، ص ١٠٩ .

(11)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦١ .

(12)المصدر نفسه ، ج٣ ، ص ٣٦١ .

فالراجح هو القول الأول والذي ينص على عدم وجوب الضمان ، وذلك لما يأتي :

١-أن الصيد في أصله مباح في أرض الحل،والطير من صيد الحل ، فيبقى على أصل الإباحة .

٢-أن الضمان إنما يلزم الصائد إذا كان صيداً حرمياً ، أو صيد محرمٍ ، وهذا ليس منهما .

٣-أن تواجد الحمامة على غصن الشجرة الموجود في الحل ، كأنه في هواء الحل .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو أن المحرم باشر فعلاً مباحاً .

المسألة الخامسة

لو كانت الشجرة ثابتة في الحل وغصنها في الحرم ، وقطع شخص الغصن ، فهل يضمنه أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمنه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، وبعض الحنابلة[٣] .

حجة أصحاب القول الأول:استدلوا من المعقول بما يأتي:لأن الغصن تابع لأصله وهو الحل[٤] .

القول الثاني : يضمنه ، وبذلك قال : بعض الحنابلة[٥] ، والإباضية[٦] ، والإمامية[٧] .

حجة أصحاب القول الثاني :لأن الهواء تابع للقرار والغصن في الحرم فهو من صيد الحرم[٨] .

المناقشة والترجيح :

الراجح هو ما قاله أصحاب القول الأول والذي ينص على عدم وجوب الضمان ، وذلك لأن الغصن يتبع الأصل ، والأصل موجود في الحل ، بخلاف الحمامة في المسألة السابقة ، لأنها ليست جزءاً من الشجرة ، فالغصن فرع ملتصق بالشجرة فيتبع لأصله .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو أن المحرم باشر فعلاً مباحاً .

المسألة السادسة

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ١٠٣ .

(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٤ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٧ .

(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٨-٣٦٩ .

(4)السرخسي ، **المبسوط**،ج٤،ص١٠٣.النووي،**المجموع** ،ج٧،ص٤٤٤.ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٨.

(5)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٤ .

(6)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١١٦ .

(7)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١١ ، ص ٤٦ .

(8)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٤ .

لو كان الحلال جالساً في الحرم فرأى صيداً في الحل فعدا إليه فقتله في الحل فلا ضمان بلا خلاف ، وبذلك قال : المالكية[١] ، والشافعية[٢] ، والإباضية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو أن المحرم باشر فعلاً مباحاً ، ومباشرة الشـخص للفعل المباح له تمنع من ترتب الضمان عليه .

المسألة السابعة

لو استأجر رجلاً يذبح له الهدي ، واشترط عليه أن يسمعه التسمية ، فذبح ولم يسـمعه التسمية ، وقال الذابح لقد سميت ، فهل يلزمه الضمان في هذه الحالة أم لا ؟ **في المسألة ثلاثـة أقوال للمالكية** [٤] **:**

القول الأول : لا يستحق الذابح شيئاً من الأجرة لفوات الشرط ولا يضمن الذبيحة .

القول الثاني : له أن يضمنه الذبيحة .

القول الثالث:أن الذابح يستحق الأجرة ولا ضمان عليه إذا ترك التسمية عمداً .

المناقشة والترجيح :

الراجح في هذه المسألة هو القول الثالث ، أن الذابح يستحق الأجرة ، ولا يضمن الذبيحة ؛ لأن المسلم لو ترك التسمية عمداً حلت الذبيحة ، ويصدق الـذابح بقولـه أنـه سـمى ؛ ولأن صاحب الهدي صح هديه . فالمانع من الضمان في هذه الحالة هـو أن المحـرم باشـر فعـلاً مشروعاً ، ومباشرة الشخص للفعل المشروع له تمنع من ترتب الضمان عليه .

المسألة الثامنة

إذا كان الحلال في الحل ورمى الصيد فيه ثم دخل الصيد الحرم ، فأخذه في الحرم ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه غير مرتكب للنهي ، وبذلك قال : الحنفية[٥] ، والحنابلة[٦] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو أن المحرم باشر فعلاً مباحاً .

المطلب الرابع

---

(1)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٦ .
(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٥ .
(3)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١١٨ .
(4)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٣٢٩ .
(5)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٨٥ .
(6)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٣ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٥ .

عدم التعدي

إذا تلف بسبب المحرم صيد بدون تعد منه ولا تقصير ، فيعد عدم التعدي وعدم التقصير مانعاً من ترتب الضمان على ذلك التصرف ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

لو اصطحب المحرم بالحج كلباً معلماً للصيد أو نحوه ، فانفلت بنفسه بدون أمـر مـن صاحبه فقتل صيداً، فلا ضمان على المحرم ، وبذلك قال :الحنفية(١)، والشافعية(٢) ، والحنابلة(٣).

وحجتهم في ذلك :استدلوا من المعقول بما يـأتي : لأن للكلـب اختيـار،فلا يضـمن المحـرم تصرفه(٤). فالمانع من ترتب الضمان في هذه المسألة عدم التعدي والتقصير .

المسألة الثانية

إذا أرسل المحرم بالحج كلباً غير معلم على صيد فقتله ، فهل يضمن ذلك الصـيد أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على المحرم، وبذلك قال : الماوردي(٥) من الشافعية(٦) ، والإباضية(٧) .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن غير المعلم لا ينسب فعله إلـى المرسل بل إلى اختياره ، ولهذا لا يؤكل ما اصطاده بعد الإرسال ، كما لا يؤكـل مـا صـاده المسترسل بنفسه(٨) .

القول الثاني : يضمن ما أتلفه الكلاب غير المعلم ، وبذلك قال : النووي(٩) مـن الشـافعية (١٠) ، والإباضية في القول الثاني(١).

حجة أصحاب القول الثاني:استدلوا من المعقول :أن المرسل هو السبب في الإتلاف فيضمنه(٢) .

---

(1)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٩ .
(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٨ .
(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٢ .
(4)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٨ .
(5)**الماوردي :** هو علي بن محمد بن حبيب القاضي أبو حسن الماوردي البصري ، كان ثقة من وجـوه فقهـاء الشافعية ، له مصنفات عديدة ، منها : الحاوي ، الأحكام السلطانية ، الإقناع ، وغيرها ، توفي سنة ٤٥٠هـ . انظر ، ابن قاضي شهبة ، **طبقات الشافعية** ، ج٢ ، ص ٢٣٠-٢٣١ .الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ١٣٨ .
(6)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .
(7)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٦ .
(8)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .
(9)**النووي:**أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ولد فـي نـوى ، كـان عالمـاً بالفقـه والحـديث ، صنف:المجموع ، شرح مسلم ، توفي سنة ٦٧٦هـ .انظر،ابن العماد، **شذرات الذهب** ،ج٥، ص٣٥٤.
(10)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .

المناقشة والترجيح : أن ما احتج به أصحاب القول الثاني يرد عليه بأن المرسل وإن كان سبباً ، لكن المباشرة تتقدم على السبب ، بدليل القاعدة الفقهيـة التـي تقـول : (**إذا اجتمـع المباشـر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر**)[٣] . والمباشر هنا هو الكلب وليس من أرسله .

فالراجح هو القول الأول والذي ينص على عدم وجوب الضمان ؛ لأن الكلب غير المعلم ينسب فعله إلى نفسه ولا ينسب إلى من أرسله ، بدليل أن ما اصطاده الكلب غير المعلم لا يحل أكله إذا لم يدرك حياً ويذكى .

فالمانع من ترتب الضمان في هذه المسألة عدم التعدي والتقصير .

المسألة الثالثة

إذا نفرَ المحرم صيداً ، ثم عاد الصيد إلى عادته في السكون ، ثم هلك بعـد ذلـك فـلا ضمان بلا خلاف ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، والإباضية[٦] ، والثوري[٧] [٨] .

وحجتهم : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه لم يكن سبباً في إتلافه[٩] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة عدم التعدي والتقصير من المحرم .

المسألة الرابعة

إذا نَفرَ المحرم صيداً ، و هلك في حال هربه ونفاره قبل سكونه ولو بآفة سماوية ، فهل يضمن المحرم ذلك أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن المحرم ذلك الصيد التالف ، وبذلك قـال : الحنفيـة[١٠] ، والمالكيـة[١١]، والشافعية في القول الثاني[١٢]، والحنابلة[١] .

([1])أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٦ .
([2])النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .
([3]) حيدر ، **درر الحكام** ، مادة (٩٠) ، ج١ ، ص ٩١ .
([4])النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٣٦٨ .
([5])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٣ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤١ .
([6])أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٦ .
([7])**الثوري :** سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، ولد في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ٩٦هـ ، ومـات سنة ١٦١هـ في خلافة المهدي ، قال ابن عيينة : ما رأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام من سفيان ، وقال ابـن المبارك : لا نعلم من هو أعلم من سفيان . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ج١، ص ٨٥-٨٦ .
([8])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٣ .
([9])المصدر نفسه، ج٣ ، ص ٣٦٣ .
([10])السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٨٨ .
([11])مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٣٨ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٦ .
([12])النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٣٦٨ .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من الآثار ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من الآثار : واستدلوا بما يأتي : أن عمرﷺ دخل دار الندوة(٢) ، فعلقَ رداءه فوقع عليه حمام فأطاره ، فوقع على واقف في البيت ، فخرجت حية فقتلته ، فسأل من معه ، فحكم عليه عثمان بشاة(٣) .

ثانياً : الأدلة من المعقول : لأن أثر النفار مستدام ، فالمحرم هو المتسبب بذلك(٤) .

القول الثاني : لا يضمن المحرم في هذه الحالة ، وبذلك قال : الشافعية في الأصح(٥) ، والإباضية(٦) .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه لم يتلف في يده ولا بسببه(٧) .

المناقشة والترجيح :

الراجح في هذه المسألة هو قول جمهور الفقهاء في القول الأول والذي ينص على وجوب الضمان ، وذلك لما يأتي :

١-أن الأثر الذي احتجوا به ظاهر الدلالة على وجوب الضمان ، وهو قوي السند .

٢-أن التسبب له أثر في إيجاب الضمان ، والمحرم هو المتسبب في تنفير الطير، فيضمن ذلك .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة عدم التعدي والتقصير من المحرم على رأي أصحاب القول الثاني غير الراجح .

المسألة الخامسة

لو رأى المحرم على فراشه بيض صيد فأزاله عنه ففسد ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : الشافعية في قول(٨) ، والحنابلة في رواية(٩) .

---

(1)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٣ ، ٥٣٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٦ ، ٥٤١ .

(2)**دار الندوة :** هي دار بناها قصي بن كلاب لقريش بمكة ، فإذا وقع لهم شيء اجتمعوا فيها وعقدوه بها . انظر ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٦ ، ص ٣٩٩ .

(3)رواه الشافعي ، محمد بن إدريس ، **مسند الشافعي** ،١م ، (تحقيق مطبعة بولاق) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ١٣٥ . رواه البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٥ ، ص ٢٠٥ . **قال ابن حجر :** إسناده حسن . انظر ، ابن حجر ، **تلخيص الحبير** ، ج٧ ، ص ٥٢٠ .

(4)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٣ .

(5)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .

(6)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٦ .

(7)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .

(8)النووي ، **المجموع** ،ج٧،ص٣١٩.الشربيني، **مغني المحتاج** ،ج١،ص٥٢٤.الدمياطي،**إعانة الطالبين**،ج٢،ص٣٦٧.

(9)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٤١ .

القول الثـاني : يجب عليه الضمان ، لأنه فسد بفعله ، وأتلفه لمنفعته ، وبذلك قال : الشافعية في قول[1] ، والحنابلة في رواية[٢] .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة ؛ لأنه لم يتعد في فعله هذا ، كما أنه لم يقصر ، بل كان مضطراً إلى إزالته عن فراشه .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة عدم التعدي والتقصير من المحرم .

المسألة السادسة

إذا أرسل شخص كلبه على صيد قرب الحرم وكان هو والصيد في الحل ، فأخذ الكلـب الصيد في الحل ، فهل يجب عليه الضمان أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على المرسِل ، وبذلك قال : الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] ، والشافعية[٥] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه لم يتعد في ذلك[٦] .

القول الثاني : يجب عليه الضمان ، وبذلك قال : الحنابلة[٧] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه فرط بإرسـاله فـي موضـع يحتمل منه أنه يدخل الحرم[٨] .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول والذي ينص أن لا ضمان عليه في هذه الحالة ؛ لأن المرسِلَ لم يصدر عنه التعدي ولا التقصير في هذه الحالة ، وأيضاً أن الكلـب أخذ الصيد في الحل ولم يأخذه في الحرم . فالمانع من الضمان هو عدم التعدي والتقصير مـن المحرم .

المسألة السابعة

إذا تلف الهدي بعد الذبح من غير جناية ولا تفريط ، فلا ضمان على صاحب الهـدي ، وبذلك قال : المالكية[٩] ، والزيدية[١٠] .

---

(1)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣١٩ .
(2)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٤١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٦ .
(3)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٩ .
(4)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٣٥ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٥ .
(5)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٥ .
(6)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٩ . مالك ، **المدونـة الكبـرى** ، ج١ ، ص ٤٣٥ . الحطـاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٥ .
(7)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٣ .
(8)المصدر نفسه ، ج٣ ، ص ٣٦٣ .
(9)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٧٨ .
(10)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ١٩٥ .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه لم يفرط ولم يقصر في ذلك[١] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة عدم التعدي والتقصير من المحرم .

المسألة الثامنة

إذا تلفت عين الأجرة قبل القبض بغير تفريط من الوصي ، وأتم الأجير الحج عن الغير رجع الوصي على التركة ، فإن لم يكن للمحجوج عنه تركه ، فهل يضمن الوصي الأجرة من ماله ، أم لا ؟ **اختلفت آراء الزيدية على قولين[٢] :**

القول الأول : لا يضمن الوصي ، وبذلك قال : بعض الزيدية .

حجة أصحاب القـول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن الوصي لم يفرط ولم يغرر في ذلك[٣] .

القول الثاني : يضمن الوصي من ماله ، وبذلك قال : بعض الزيدية .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن الوصي غار للأجير[٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على الوصي في هذه الحالة ؛ لأنه لم يتعد ولم يقصر .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة عدم التعدي والتقصير من المحرم.

المطلب الخامس

عدم مباشرة الفعل

تعد عدم مباشرة الشخص لفعل الإتلاف مانعاً من ترتب الضمان عليه ، وذلك لأنه لم يباشر فعل الإتلاف بنفسه ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا دل شخص متحال من الإحرام ، أو أشار لمحرم على صيد فقتله ، وجب الجزاء على المحرم ، لكن هل يضمن الدال شيئاً أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(1)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٧٨ . المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ١٩٥ .
(2)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ١٧٨ .
(3)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ١٧٨ .
(4)المصدر نفسه ، ج٢ ، ص ١٧٨ .

القول الأول : لا ضمان على الدال أو من أشار إلى الصيد لكنه يأثم ، وبـذلك قـال : جمهـور الفقهاء من الحنفية[1] ، والمالكية[2] ، والشافعية[3] ، وبعض الحنابلة لا ضمان على الدال إذا كان في الحل ، أو رآه من يريد صيده[4] ، وبعض الإمامية[5] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من القرآن الكريم بما يأتي : قال الله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ [6] .

وجه الدلالة : أن الجزاء واجب بقتل الصيد بالنص ، والدلالة ليست في معنى القتل ؛ لأن القتل فعل متصل من القاتل بالمقتول ، فأما الدلالة والإشارة لم تتصل بالمحل وهو الصـيد ، والحكـم الثابت بالنص لا يجوز إثباته فيما ليس في معنى المنصوص ، والدليل عليه جزاء صيد الحرم يجب على القاتل الحلال ولا يجب على الدال إذا كان حلالا بالاتفاق . والدليل عليـه أن حرمـة الصيد في حق المحرم لا تكون أقوى من حرمة مال المسلم ونفسه ، ولا يضمن الدال على مال المسلم ولا على نفسه شيئا بسبب الدلالة فكذلك هنا[7] .

القول الثاني : يضمن الدال ، وبذلك قال : الحنابلة[8] ، وأبو يوسف وزفـر مـن الحنفيـة[9] ، والإباضية[10] ، وبعض الإمامية[11] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من السنة والآثار ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة والآثار : واستدلوا بما يأتي :

١- حديث : أن رسول الله ﷺ خرج حاجاً فخرجوا معه ، فصرف طائفة منهم ، فيهم أبو قتـادة ﷺ فقال : ﴿ **خذوا ساحل البحر حتى نلتقي** ﴾ فأخذوا ساحل البحر ، فلما انصرفوا أحرموا كلهم إلا أبا قتادة ﷺ لم يحرم ، فبينما هم يسيرون إذ رأوا حمر وحش ، فحمل أبو قتـادة ﷺ علـى

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٧٩ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٨ .
(2)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٣٢-٤٣٣ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٨-٢٥٩ .
(3)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠٠ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٤ . الدمياطي ، **إعانـة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٣٦٨ .
(4)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٣ .
(5)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج١٨ ، ص ٢٨٦ .
(6)سورة المائدة ، من الآية /٩٥ .
(7)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٧٩ .
(8)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٢ .
(9)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٧٩ .الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٨ .
(10)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٦ .
(11)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١١ ، ص ١٤٤ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج١٨ ، ص ٢٨٦ .

الحمر فعقر[١] منها أتاناً[٢] ، فنزلوا فأكلوا من لحمها وقالوا: أنأكل لحم صيد ونحن محرمـون ، فحملنا ما بقي من لحم الأتان ، فلما أتوا رسول ا ﷺ قالوا يا رسول ا : إنا كنا أحرمنا وكـان أبو قتادة ﷺ لم يحرم ، فرأينا حمر وحش فحمل عليها أبو قتادة ﷺ فعقر منها أتانا فنزلنا فأكلنـا من لحمها ثم قلنا أنأكل لحم صيد ونحن محرمون ، فحملنا ما بقي من لحمها ، قال :﴿ **أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟** ﴾ قالوا : لا ، قال : ﴿ **فكلوا ما بقي من لحمها** ﴾ [٣] .

وجه الدلالة : أنه جعل الإشارة كالإعانة ، فهو من محظورات الإحرام وذلك يوجب الجزاء[٤] .

يجاب عن ذلك : أن هذا الحديث ليس فيه دلالة على أن الدال لغيره على الصيد عليه الضمان ، وغاية ما فيه أنه أباح لهم أن يأكلوه ، ولم يشر إلى قضية الضمان لا من قريب ولا من بعيد ، وإنما يشير إلى قضية الإثم ، وفرق بين الإثم والضمان .

٢- قول رسول ا ﷺ ﴿ **من دل على خير فله مثل أجر فاعله** ﴾[5] .

وجه الدلالة : ظاهر الحديث يقتضي أن يكون للدلالة حكم الفعل إلا ما خص بدليل[٦] .

يجاب عن ذلك : أن الحديث دل على قضية الإثم ، ولم يدل على وجوب الضـمان بالدلالـة أو الإشارة إلى الصيد .

٣-أن رجلا سأل عمر ﷺ فقال : (إني أشرت إلى ظبي وأنا محرم فقتلـه صـاحبي ، فقـال عمرﷺ : لعبد الرحمن بن عوف ﷺ ماذا ترى عليه ؟ فقال : أرى عليه شاة ، فقال عمر ﷺ : وأنا أرى عليه ذلك)[1] . فالقياس يترك بقول الفقهاء من الصحابة رضى ا عنهم ومـا نقـل عنهم في هذا الباب كالمنقول عن رسول ا ﷺ إذ لا يظن بهم أنهم قالوا جزافـاً ، والقيـاس لا يشهد لقولهم حتى يقال : قالوا ذلك قياساً ، فلم يبق إلا السماع ، ثم ثبت باتفاقهم أن الدلالة علـى الصيد

([1])**العقر :** أصل العقر ضرب قوائم البعير أو الشاة بالسيف وهو قائم ، والمراد النحر . انظـر ، ابـن الأثيـر الجزري ، المبارك بن محمد ، **النهاية في غريب الحديث** ،ط٤ ، ٥م ،(تحقيـق طـاهر الـزاوي) ، مؤسسـة غسماعيليان ، قم ، ١٣٦٤هـ ، ج٣ ، ص ٢٧١ .

([2])**الأتان :** هي أنثى الحمار وسميت حماراً مجازاً . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٨ ، ص ١١٢.

([3])رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ، باب لا يعين المحرم الحلال في قتـل الصـيد ،ج٢، ص٢١١-٢١٢.ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، باب تحريم الصيد للمحرم ،ج٤ ، ص١٦ .

([4])السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٨٠ .

([5])رواه مسلم واللفظ له ، **صحيح مسلم** ، باب فضل إعانة الغازي ، ج٦ ، ص ٤١ . ورواه الترمـذي ، **سـنن الترمذي** ، باب ما جاء الدال على الخير كفاعله ، حديث رقم " ٢٨١٠ " ، ج٤ ، ص ١٤٨ .

([6])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٤ .

من محظورات الإحرام[٢] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : أن الدلالة والإشارة تسبب إلى القتل وهو متعـدٍ في هذا التسبب لكونه مزيلاً للأمن[٣] .

المناقشة والترجيح :

١-أن الجزاء في الصيد إنما يجب على من باشر قتل الصيد ، والدلالة أو الإشارة ليسـت فـي معنى القتل ، بدليل قوله تعالى ﴿ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا ﴾ .

٢-أن القتل فعل متصل من القاتل بالمقتول والدلالة والإشارة ليست كذلك .

٣-أن ما استدل به أصحاب القول الثاني من السنة النبوية ليس فيه حجة على المدعى ، وغايـة ما فيه حصول الإثم على من أشار أو دل غيره من المحرمين على صيد ، ووجود الإثم لا يـدل على وجوب الضمان .

٤-أن القاعدة الفقهية تنص على أنه : (**إذا اجتمع المباشر والمتسـبب يضـاف الحكـم إلـى المباشر)**[٤] ، وبناءً على ذلك لا ضمان على المتسبب مادام أنه وجد المباشـر الـذي نسـتطيع تضمينه ذلك الفعل الذي باشره .

٥-أن من دل على مال مسلم أو نفسه فأتلفه المدلول فلا ضمان عليه بسبب الدلالـة ، مـع أن حرمة المسلم أعظم من حرمة الصيد .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على من دل محرماً على صيد أو أشار إليه .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم مباشرة فعل الإتلاف فلا ضمان عليه .

المسألة الثانية

لو أعان المحرم حلالاً أو محرماً في قتل صيد بإعارة آلته أو أمره بإتلافه أو نحو ذلـك فأتلفه ، فهل يضمن المعين أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على ثلاثة أقوال :**

([1])رواه البيهقي ، **السنن الكبرى** ، باب قتل المحرم الصيد عمداً أو خطأً ، حديث رقـم " ٩٦٣٨ " ، ج٥ ، ص ١٨٠ . وانظر ، الجصاص ، أحمد بن محمد الطحاوي . **مختصر اختلاف العلماء** ، ط٢ ، ٥م ،(تحقيق عبد ا نذير)،دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤١٧هـ ، أثر رقم"٦٨٤ " ، ج٢ ، ص ٢١٥ .

([2])السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٧٩-٨٠ .

([3])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٤ .

([4])السرخسي، **المبسوط** ،ج٢٤، ص٧٣ .حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٩٠) ،ج١، ص ٩١ .

القول الأول : لا ضمان على المعين لكن يأثم سواء كان في الحل أو الحـرم ، وبـذلك قـال : المالكية[١]، والشافعية[٢] ، ومحمد من الحنفية[٣] ، والإمامية[٤] .

القول الثاني : يضمن المعين سواء أكان مع الصائد ما يقتله به أو لا ، وبذلك قال: الحنابلة[٥] .

القول الثالث : فرقوا بين حالتين ، فيضمن المعين في حالة لم يكن مع قاتل الصيد آلة لقتله وقتله بآلة المعين ؛ فإن وجدت مع قاتل الصيد آلة فلا ضمان على المعين ، وبذلك قال : الحنفية[٦] .

حجة أصحاب القول الثاني والثالث : استدلوا بأدلة من القرآن والمعقول :

أولاً : الأدلة من القرآن الكريم : واستدلوا بما يأتي : عموم قوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾[٧] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي :

١-لأن الإعانة على قتل الصيد تسبب إلى قتله وهو متعدٍ في هذا التسبب[٨] .

٢-لأنه وسيلة إلى الحرام ، فكان حراماً كسائر الوسائل[٩] .

يرد على أصحاب القول الثالث : قال في فتح الباري : قوله- أي البخاري- باب لا يعين المحرم الحلال في قتل الصيد ، أي: بفعل ولا قول ، قيل : أراد - أي البخاري- بهذه الترجمـة الـرد على من فرق من أهل الرأي بين الإعانة التي لا يتم الصيد إلا بها فتحرم ، وبين الإعانة التـي يتم الصيد بدونها فلا تحرم[١٠] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول فلا ضمان على من أعان غيره بآلة ونحوها،وذلك لما يأتي :

١-أن المعين لم يباشر الفعل بنفسه ، وغاية ما في الأمر أنه استعان بآلته ، فلا ضمان عليه .

---

(1)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٩ .

(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠٠ . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٣٦٨ .

(3)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٤ .

(4)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج١٨ ، ص ٢٨٦ .

(5)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٢ . **وقال الحنابلة :** لو أعاره آلة لغير الصيد فاستعملها في الصيد ، فلا ضمان عليه ؛ لأن ذلك غير محرم . انظر ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٣ .

(6)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٨٠ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٤ .

(7)سورة المائدة ، من الآية /٢ .

(8)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٣ .

(9)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٢ .

(10)ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٤ ، ص ٢٧ .

٢-أن القاعدة الفقهية تنص على أنه : (**إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر**)[١] ، وبناءً على ذلك لا ضمان على المتسبب مادام أنه وجد المباشر الذي نستطيع تضمينه ذلك الفعل الذي باشره .

٣-أنه لا معنى لتفريق أصحاب القول الثالث بين ما إذا كان المباشر معه آلة للصيد فاستخدم آلة غيره ، وبين من لا توجد معه آلة فاستخدم آلة الغير .

٤-أن الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني والثالث هي أدلة عامة ، لا حجة فيها على المراد في هذه المسألة ، وغاية ما فيها أنها تدل على الإثم ، لكنها لا تدل على وجوب الضمان على من أعان غيره على قتل الصيد .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم مباشرة فعل الإتلاف فلا ضمان عليه .

المطلب السادس

عدم الأهلية

إذا انعدمت أهلية الشخص ، ثم أتلف صيداً فلا ضمان عليه ، لأن الخروج عن عهدة التكليف مانع من ترتب الضمان في صيد الحرم،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

لو أحرم شخص بالحج ثم جن أو أغمي عليه فقتل صيدا ، فهل يضمن الصيد أم لا ؟

للشافعية قولان[٢] **:**

القول الأول : يجب عليه الضمان .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بما يأتي:لأنه من باب الغرامات والمجنون كغيره في ذلك[٣].

القول الثاني : لا يجب الضمان ، وهو الأصح .

حجة أصحاب القول الثاني: استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

١-قوله ﷺ ﴿ **رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ،وعن الصبي حتى يحتلم** ﴾ [٤] .

---

(1)السرخسي، **المبسوط** ،ج٢٤، ص٧٣ .حيدر ، **درر الحكام** ، مادة(٩٠) ،ج١، ص ٩١ .

(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠٠ .

(3)المصدر نفسه، ج٧ ، ص ٣٠٠ .

(٤)رواه أبو داود واللفظ له ، **سنن أبي داود** ، حديث رقم " ٤٤٠١ " ، ج٢ ، ص ٣٣٩ .، ورواه الترمذي ، **سنن الترمذي** ، حديث رقم " ١٤٤٦ " ، ج٢ ، ص ٤٣٨ . **قال الترمذي :** وهذا حديث حسن غريب ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم . **وقال ابن حجر في الفتح :** إن رواية جرير عن الأعمش سندها متصل ، لكن

وجه الدلالة : أن الله رفع الإثم عن المجنون ، ومن رفع عنه الإثـم لا يضـمن لعـدم أهليتـه فالمجنون لا يقدر العواقب[١] .

٢-لأن المنع من الصيد تعبد يتعلق بالمكلفين والمجنون والمغمى عليه لا تكليف عليهما[٢] .

المناقشة والترجيح :

أن ما احتج به أصحاب القول الثاني ليس بصواب ، فالحديث غاية ما فيه أنه دل علـى رفع الإثم ، لكنه لا يدل على منع الضمان ؛ لأن ما أتلفه المجنون يغرمه ويضـمنه . وأن مـا احتج به الفريق الثاني هو الصواب ؛ لأن ما فعله من باب الغرامات ، والغرامات يستوي فيهـا المجنون وغيره .

فالراجح هو القول الأول ، فيضمن من خرج عن نطاق التكليف فأتلف صيداً في حالـة جنونه أو إغمائه .

فالمانع من ترتب الضمان على هذا التصرف المؤدي إلى إتلاف الصيد هو الخروج عن نطاق التكليف وانعدام الأهلية بناء على القول الثاني غير الراجح .

المطلب السابع

الإكراه

يعد الإكراه[٣] على تصرف يترتب عليه إتلاف المال مانعاً من ترتب الضمان على ذلك التصرف لوجود الإكراه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

لو أُكرِهَ المحرم على قتل صيد أو أُكرِهَ حلالٌ على قتل صيد في الحرم ، فهل يتوجـب عليه الضمان أم لا ؟ **للشافعية قولان**[٤] **:**

القول الأول : يجب الضمان على الآمر ولا ضمان على المكْرَهِ .

حجة أصحاب القول الأول : يمكن أن يستدل لهم بقول رسول الله ﷺ ﴿**إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**﴾[١] .

النسائي أعله بأن جرير حدث بمصر بأحاديث غلط فيها . انظر ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ، ص ١٠٧ . **وقال النووي :** هذا حديث صحيح . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٨ ، ص ١٤ .

([1])أبو داود ، **سنن أبي داود** ، ج٢ ، ص ٣٣٨ ، هامش المحقق .

([2])النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠٠ .

([3])**الإكراه :** هو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً ، فيقدم على عدم الرضا ليرفع مـا هـو أضر . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٥٠ .

([4])النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٠٠ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٤ .

وجه الدلالة : أن الإنسان إذا أُكْرِهَ على تصرف من التصرفات من قبل شخص آخر ، فلا ضمان عليه في ذلك التصرف .

القول الثاني : يجب الضمان على المكْرَهِ وهو المأمور ويرجع على الآمر وهو الأصح .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من كان مكرهاً على الصيد ؛ لأنه ليس مختاراً فيما فعل ، والضمان إنما يكون على الآمر ؛ لأن المكره أصبح في يد الآمر عبارة عن آلة ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة .

فالمانع من ترتب الضمان على المكرهِ في هذه الحالة وجود الإكراه من غيره .

المطلب الثامن

حالة الضرورة

إذا اضطر الشخص إلى ارتكاب تصرفٍ يترتب عليه إتلاف شيء من الصيد في حالة الإحرام أو في الحرم ، فحالة الضرورة تعد مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا انبسط الجراد في طريق المحرم وعم الطرق فلم يجد عنه معدلاً ، ولم يمكنه المشي إلا عليه فقتله في مروره ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول:لا ضمان عليه في هذه الحالة،وبذلك قال : الشافعية[٢]، والحنابلة [٣] ، والإمامية[٤] .

حجة أصحاب القول الأول : أنه اضطره إلى إتلافه ، فأشبه ما لو صال عليه[٥] .

القول الثاني : يجب الضمان على المحرم ، وبذلك قال :الشافعية[٦] ، والحنابلة في رواية[٧] .

حجة أصحاب القول الثاني : لأنه أتلفه لنفع نفسه ، فضمنه كالمضطر يقتل صيداً يأكله[٨] .

([1])رواه ابن ماجة واللفظ له ، **سنن ابن ماجة** ، باب طلاق المكره ، حديث رقـم "٢٠٤٣" ،ج١،ص٦٥٩.ورواه الحاكم ، **المستدرك** ، حديث رقم "٢٨٠١" ،ج٢،ص٢١٦. **وقال الحاكم :** حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ورواه ابن حبان ، محمد . **صحيح ابن حبـان** ، ط٢ ، ١٨م ، (تحقيق شعيب الأرناؤوط) ، مؤسسـة الرسالة ، بيروت ،١٤١٤هـ ،حديث رقم " ٧٢١٩ " ، ج١٦ ، ص ٢٠٢ . **قال النووي:** حديث حسن .انظر، ابن حجر ، **تلخيص الحبير** ،حديث رقم"٤٥٠ " ، ج١ ، ص ٢٨١ .ورد هذا الحديث بعدة طرق ، **قـال الزيلعـي :** أصح طرقه حديث ابن عباس . انظر ، الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٣ ، ص ٤٢٩ .

([2])النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٣٧ . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٣٦٧ .

([3])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣٥ .

([4])النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج١٨ ، ص ٢٩٤ .

([5])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣٥ .

([6])النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٣٧ .

([7])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣٥ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥١٢ .

([8])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣٥ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥١٢ .

المناقشة والترجيح :

أن دعوى الفريق الثاني أن المحرم أتلف الجراد لنفع نفسه ليست صائبة ، فما هو النفـع الذي جناه من ذلك ، فهو لم ينتفع بفعله ذلك . والصحيح أن الجراد في هذه الحالة يشـبه دفـع الصائل ، والصائل إذا أصابه التلف لا ضمان فيه .

فالراجح في هو القول الأول ، فلا ضمان على من أتلف الجراد في هذه الحالة ؛ لأنـه مضطر إلى ذلك ، والضرورة تمنع من ترتب الضمان ؛ لأنه أشبه بدفع الصائل .

فالمانع من ترتب الضمان في هذه الحالة وجود حالة الضرورة .

المسألة الثانية

إذا قطع المحرم شجرةً يابسة أو ذات شوك مؤذٍ،فهل يضمن ذلك أم لا ؟**للفقهاء قولان:**

القول الأول : لا يحرم قطعه ولا ضمان فيه ، وبذلك قال : الحنفية(١) ، وجمهور الشافعية(٢) ، وبعض الحنابلة(٣) ، وعطاء ، ومجاهد(٤) ، والإمامية(٥) .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-قياساً على قطع المحرم الصيد الميت نصفين فلا ضمان عليه(٦) .

٢-لأنه يؤذي بطبعه فأشبه السباع من الحيوان(٧) .

القول الثاني : يجب الضمان ، وبذلك قال : المتولي(٨) من الشافعية(٩) ، والحنابلة إلا أنهم قالوا بجواز قطع الشجر اليابس(١٠) ، والإباضية(١١) .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

أولاً:الأدلة من السنة النبوية الشريفة:واستدلوا بقول رسول ا ﷺ ﴿**ولا يعضد(١) شوكها**﴾(٢).

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ١٠٤ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٥ .
(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٨ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٨ .
(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٥ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٥ .
(4)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٥ .
(5)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١١ ، ص ٤٥ .
(6)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٨ .
(7)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٥ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٥ .
(8)**المتولي :** هو عبد الرحمن بن مأمون بن علي النيسابوري المتولي ، تفقه على الفوراني والقاضي حسـين ، وهو من فقهاء الشافعية ، برع في الفقه والأصول والخلاف ، له مصنفات كثيرة منها : أصول الدين ، الخلاف ، الفرائض ، ولد سنة ٤٢٦هـ ، وتوفي سنة ٤٧٨هـ ببغداد . ابن قاضي شهبة ، **طبقات الشـافعية** ، ج٢ ، ص ٢٤٧-٢٤٨ . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ٢٣٨-٢٣٩ .الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ،ج١٩ ، ص ١٨٧ .
(9)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٨ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٨ .
(10)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٥ .
(11)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١١٧ .

وجه الدلالة : يحرم قطع شجر الحرم سواء أكان مؤذياً أم لا[٣] .

يرد عليه : أن قطع الشوك لا يحرم قياساً على الفواسق الخمس[٤] ، فالقياس يخصص عموم الحديث السابق[5] . وقد يحمل الحديث على ما يمكن المحرم تجنبه إلا إذا ألحت الضرورة إلى المرور عليه والوقوف فوقه فإن قطعه لدفع ضرره أولى من تركه مع حصول الضرر منه[٦] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : أن الغالب في شجر الحرم الشوك فلما حرم النبي ﷺ قطع شجرها ، والشوك غالبه كان ظاهراً في تحريمه[٧] .

المناقشة والترجيح :

١-أن المحرم لو وجد صيداً ميتاً فقام بتقطيعه لا ضمان عليه ، وكذلك هنا ؛ لأن الشجر اليابس أشبه بالصيد الميت .

٢-أن الشوك المؤذي يقاس على سباع الحيوانات المؤذية بجامع الإيذاء ، والمؤذي من السباع يجوز قتله ولا ضمان على قاتله ، وكذلك الشوك المؤذي .

٣-أن القياس خصص عموم حديث (لا يعضد شوكها) الذي استدل به أصحاب القول الثاني .

٤-أن حديث لا يعضد شوكها يمكن أن يحمل على ما يمكن تجنبه ، ففي هذه الحالة يحرم قطعه ، لعدم الإيذاء ، أما المؤذي فيجوز قطعه ولا ضمان .

فالراجح القول الأول ، فلا ضمان على من قطع الشجر اليابس .

فالمانع من ترتب الضمان في هذه الحالة وجود حالة الضرورة لدفع الأذى .

المسألة الثالثة

إذا قتل المحرم سباع الوحش من غير أن تؤذيه أو تبتدئه بالإيذاء ، فهل يضمنها أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(1)**العضد :** القطع . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٩ ، ص ١٢٥ .

(2)رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٥ ، ص ٩٨ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٤ ، ص١١٠ . ورواه ابن أبي شيبة ، عبد ا بن محمد . **مصنف ابن أبي شيبة** ، ط١ ، ٧م ،(تحقيق كمال الحوت) ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤٠٩هـ ، حديث رقم " ١٤٠٩١ " ، ج٣ ، ص ٢٦٨ .

(3)النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٩ ، ص ١٢٦ .

(4)**الفواسق الخمس :** هي التي تقتل في الحل والحرم ، وأصل الفسق هو الخروج ، وهذه المخلوقات خرجت عن خلق معظم الحشرات بزيادة الضرر والأذى وهي : الفأرة والعقرب والحديا والغراب والكلب العقور . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١٤ ، ص ٢٣٧ .

(5)النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٩ ، ص ١٢٦ . النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٨ .

(6)الشوكاني ، محمد بن علي . **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ،ط١ ، ٤م ، (تحقيق محمود زايد)،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ج٢ ، ص ١٨٨-١٨٩ .

(7)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٥ .

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء مـن المالكيـة[1]، والشـافعية[٢] ، والحنابلة[٣] ، والظاهرية[٤] .

حجة أصحاب القول الأول : واستدلوا من السنة النبوية الشريفة بما يأتي : قول رسول ا ﷺ

﴿ **خمس فواسق يقتلان في الحرم، الفأرة والعقرب والحديا[5] والغراب والكلاب العقور[٦]** ﴾[٧].

وجه الدلالة : المعنى فيهن كونهن مؤذيات فكل مؤذ يجوز للمحرم قتله ومالا أذى فيـه ، فـلا يجوز قتله[٨] .

القول الثاني : يجب عليه الضمان ، وبذلك قال : الحنفية[٩] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من القرآن الكريم ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من القرآن الكريم : واستدلوا بقوله تعالى :﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [١٠] .

وجه الدلالة : أن اسم الصيد يعم الكل ؛ لأنه يسمى به لتنفره وبعده عن أيدي النـاس ، وذلـك موجود فيما لا يؤكل لحمه ، بدليل : أن لفظة الاصطياد بهذا المعنى تطلق على أخذ الرجال[١١].

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي :

١- أن النبي ﷺ نص على أن المستثنى من النص خمس ، فهو دليل على أن ما سوى الخمـس فحكم النص فيه ثابت[١٢] .

٢- أن ما سوى الخمس في معنى الأذى دون الخمس ؛ لأن الخمس من طبعها البـداءة بـالأذى وما سواها لا يؤذي إلا أن يؤذى فلم يكن في معنى المنصوص ليلحق به[1] .

المناقشة والترجيح :

---

[1]مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٤٢ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٣-٢٥٤ .

[2]الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج٧ ، ص ٤٨٧ .

[3]البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥١٠ .

[4]ابن حزم ، **المحلى** ، ج٧ ، ص ٢٣٨-٢٣٩ .

[5]**الحديا :** هي الحدأة وهي من الطيور المعروفة . النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٨ ، ص ١١٥ .

[6]**الكلاب العقور :** المفترس غالباً كالسبع والنمر ونحوها.انظر،النووي،**شرح صحيح مسلم** ،ج٨ ، ص ١١٥ .

[7]رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ، باب خمس من الـدواب فواسـق ، ج٤،ص٩٩.ورواه مسـلم، **صحيح مسلم** ، باب ما يندب للمحرم قتله من الدواب،ج٤، ص١٨ .

[8]النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٨ ، ص ١١٤ .

[9]الحنفية يوجبون الضمان في قتلها إذا كانت لا تبتدئ بالإيذاء ؛ فإن كانت تبتدئ بالإيذاء غالباً فلا ضمان فيها . السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٠ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٧ .

[10]سورة المائدة ، من الآية / ٩٥ .

[11]السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٠ .الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ١٩٧-١٩٨ .

[12]السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٠ .

أن الآية التي استدل بها الفريق الثاني لا تدل على المدعى ، فالصيد لا يطلق على مأكول اللحم ، وما لا يؤكل لحمه من سباع الوحش ليست من الصيد ، كما أنها مؤذية بطبعها . وأما قولهم أن النص بين أن المستثنى من النص الفواسق الخمس ، وما سواها يحرم التعرض له بالصيد ولو كان مؤذياً فهذا الكلام ليس بمتجه ؛ لأن النص خرج مخرج الغالب ، فكيف يعقل إن يأذن الشارع بقتل الخمس لعلة الإيذاء فيها ثم ينهى عما عداها مما فيه هذه العلة . وأن الصيد الذي ينهى عنه هو ما يستفاد من لحمه ، وسباع الوحش ليست كذلك . كما أن مسألة الابتداء بالأذى هذه لا نستطيع معرفتها بدقة في السباع ؛ لأن هذه السباع في حال شبعها مثلاً قد لا تبتدئ الأذى ، فإذا ما جاعت فقد تؤذي ، فلذلك من باب الاحتياط يجوز قتلها .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من قتل سباع الوحش سواء أكان محرماً أو في الحرم . فالمانع من ترتب الضمان في هذه الحالة وجود حالة الضرورة لدفع الأذى .

المسألة الرابعة

إذا قتل المحرم صيداً صال عليه ، فهل يجب عليه الضمان أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يجب عليه الضمان ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أنه حيوان قتله لدفع شره فلم يضمنه كالآدمي الصائل[٥] .

٢-أنه التحق بالمؤذيات طبعاً فصار كالكلاب العقور[٦] .

٣-لأن الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه[٧] .

القول الثاني : يجب عليه الضمان ، وبذلك قال : بعض الحنابلة[٨] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه قتله لحاجة نفسه فأشبه قتله لحاجته إلى أكله[١] .

---

(1)المصدر نفسه ، ج٤ ، ص ٩١ .

(2)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣١ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٢ ، ص ٦١٩ .

(3)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٣٨ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٤ .

(4)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٩ .

(5)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٩ .

(6)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ .

(7)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣١ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٤ ، ص ٣٥٥ .

(8)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ .

المناقشة والترجيح : أن دليل الفريق الثاني ليس بالمتجه ، فالقياس على حالة المضـطر هـي قياس مع الفارق ، فقتل الصائل هو لدفع خطره ، وقد أذن الشارع بقتله بخلاف هذه الحالة .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من قتل صيداً هجم عليه ؛ لأنه قتله في حالة الضرورة ، وهي كف الأذى عن نفسه ، فالشارع أباح قتله لما فيه من الأذى ، وكل ما فيه إيذاء للإنسان يجوز دفع أذاه ولو أدى إلى قتله ، والضرورة تقدر بقدرها .

فالمانع من ترتب الضمان في هذه الحالة وجود حالة الضرورة لدفع الأذى .

المطلب التاسع

عدم قصد الإتلاف

إذا أقدم الشخص على إتلاف شيء من الصيد بغير قصد الإتلاف ، فهذا يعد مانعاً مـن ترتب الضمان على من أتلفه ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا باض صيد على فراش المحرم فنقله عنه فلم يحضنه الصيد حتى فسد ، أو تقلب عليه في نومه فقتله ، أو وضع الصيد الفرخ على فراش المحرم فنقله فتلف أو تقلب عليه جاهلاً فتلف ، فهل يجب الضمان على المحرم في مثل هذه الحالة أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه في هذه الحالة ، وبذلك قال : الشافعية في الأصح[٢] .

القول الثاني : يجب الضمان على المحرم ، وبذلك قال الشافعية في قول[٣] ، والحنابلة[٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من أتلف بيض الصيد بنقله عن فراشه ؛ لأنه لم يقصد الإتلاف ، بل غاية ما في الأمر أنه أراد إبعاده عن فراشه .

فالمانع من ترتب الضمان عليه في هذه الحالة هو عدم قصده إتلاف ذلك .

المسالة الثانية

إذا بنى المحرم خيمة فتعلق بها صيد فتلف ، فلا ضمان على المحرم ؛ لأنه لـم يقصـد قتل الصيد ، وإنما الصيد هو الذي صنع ذلك بنفسه ، وبذلك قال : الحنفيـة[١] ، والمالكيـة[٢] ، والإباضية[٣] .

---

(1)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣١ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٤ ، ص ٣٥٥ .

(2)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٣٧-٣٣٨ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٤ . الـدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٣٦٧ .

(3)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٣٣٧-٣٣٨ .

(4)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٠٦ .

فالمانع من ترتب الضمان عليه في هذه الحالة هو عدم قصده إتلاف ذلك .

المطلب العاشر

عودة المتْلَف إلى الحالة التي كان عليها

إذا أتلف المحرم صيداً بأن جرحه ، ثم قام بمداوته حتى شفي وعاد كما كان ، فهذا يعد مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا جرح المحرم صيداً ، ثم أخذه فداواه وأطعمه وسقاه حتى برأ وعاد كما كان ، فهـل يسقط الضمان عنه أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يسقط الضمان ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء مـن الحنفيـة [٤] ، والمالكيـة[٥] ، والشافعية في قول[٦] ، والحنابلة في رواية[٧] ، والإباضية[٨] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : القياس على الضمان الواجـب فـي حق العباد ؛ فإن ذلك يسقط إذا لم يبق للفعل أثر في المحل ، فكذلك هنا[٩] .

القول الثاني : لا يسقط الضمان ، وبذلك قال: الشافعية[١٠] ، والحنابلة[١١] ،وأبو يوسف[١٢] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : يجب الضمان باعتبار ما أوصل من الألم للصيد[١٣] .

المناقشة والترجيح : أن قضية الألم التي أصابت الصيد لا ضمان فيها لأن لا يمكن تقـديره ، كما أن الصيد عاد إلى الحالة التي كان عليها فيسقط ضمانه .

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٨٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٣ .
(2)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٣٨ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٥٩ .
(3)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٦ .
(4)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٥-٩٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٥ .
(5)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج١ ، ص ٤٣٨ .
(6)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٣٥ .
(7)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٨ .
(8)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١٠٤ .
(9)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٥-٩٦ .
(10)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٣٥ .
(11)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٨ .
(12)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢٠٥ .
(13)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ٩٦ .

فالراجح هو القول الأول ، فالضمان يسقط ويمتنع في هذه الحالة ، فإذا لم يبق للفعل أثر في المحل سقط الضمان ، هذا في حق العباد فمن باب أولى أن يسقط الضمان في حق الصيد إذا عاد إلى الحالة التي كان عليها .

المسألة الثانية

إذا أخذ غصن شجرة من شجر الحرم ؛ فإن أخلف في تلك السنة لكون الغصن لطيفا كسواك وغيره فلا ضمان ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والحنابلة[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عودة المتلف إلى الحالة التي كان عليها .

المسألة الثالثة

إذا قطع المحرم حشيشاً أو عشباً رطباً من الحرم ؛ فهل يضمنه أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمنه قولاً واحداً ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] ، والقاضي أبو الطيب[5] من الشافعية[٦] ، والحنابلة[٧] ، والإباضية[٨] ، والإمامية[٩] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من القرآن ومن السنة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من القرآن الكريم : واستدلوا بما يأتي : قوله تعالى: ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا ﴾[١٠] .

وجه الدلالة : أن ا تعالى جعل الحرم آمناً مطلقاً فيجب العمل بإطلاقه إلا ما قيد بدليل[١١].

ثانياً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي : قول رسول ا ﷺ عن مكة ﴿ **إنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي ،ألا وإنها أحلت لي ساعة من نهار ، لا يختلى**

---

(1) إذا لم يخلف فعليه الضمان . النووي ، **المجموع** ،ج٧،ص٤٤٩.الشربيني ، **مغني المحتاج** ،ج١،ص ٥٢٧ .

(2) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٨ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٧ .

(3) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ١٠٥ .

(4) الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٦٣ .

(5) **القاضي أبو الطيب :** طاهر بن عبد ا بن طاهر بن عمر الطبري ، أحد حملة المذهب ، كان إماما جليلا اشتهر اسمه فملأ الأقطار ، ولد القاضي بآمل سنة ٣٤٨هـ ، كان أبو الطيب ورعا عارفا بالأصول والفروع محققا صحيح المذهب ، توفي سنة ٤٥٠هـ .انظر،السبكي ، علي بن عبد الكافي ،**طبقات الشافعية الكبرى** ، ط٢،١٠م، (تحقيق محمود الطناجي) ، دار هجر للنشر ، ١٤١٣هـ ، ج٥،ص١٢-١٦ .

(6) النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٥٢ .

(7) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٦٦ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٦ .

(8) أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٤ ، ص ١١٧ .

(9) الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١١ ، ص ٤٥ .

(10) سورة العنكبوت ، من الآية /٦٧ .

(11) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢١٠ .

شوكها[١] **ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف** ﴾ فقال العباس ﷺ إلا الإذخر لصاغتنا وقبورنا ، **فقال :**﴿ **إلا الإذخر**[٢] ﴾ [٣] .

وجه الدلالة : أن الحديث يجري على عمومه إلا ما خص بدليل وهو الإذخر[٤] .

ثالثاً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : أن الحشيش يخلف فـي العـادة فلـو أسـقطنا الضمان عن قاطعه بإخلافه أدى ذلك إلى الإغراء بقطعه بخلاف الغصن ؛ فإنه قد يعود وقـد لا يعود[٥] .

القول الثاني : إن أخلف لا ضمان عليه ، وبذلك قال : بعـض المالكيـة[٦] ، والشـافعية فـي الصحيح[٧] ، والحنابلة في رواية[٨] ، وابن أبي ليلى[٩] [١٠] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن الغالب هنا الإخـلاف ، فـلا ضمان[١١] .

المناقشة والترجيح :

١-لأن الحديث صريح في النهي عن قطع الحشيش الرطب من الحرم .

٢-أننا لو منعنا الضمان في هذه الحالة لأغرينا الناس على قطع حشيش الحرم ؛ لأنه يخلف في العادة .

فالراجح هو القول الأول ، فيجب الضمان على من قطع الحشيش الرطب من الحرم .

فالمانع من الضمان بناءً على القول الثاني هو عودة المتلف إلى الحالة التي كان عليها .

المطلب الحادي عشر

الكفر

---

(1)**لا يختلى خلاها :** أي لا يقطع نباته الرطب لاحتشاشه . انظر ، الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٥ ، ص ٩٤ .

(2)**الإذخر :** نبت معروف عند أهل مكة طيب الريح له أصل مندفن وقضبان دقاق ،وأهل مكة يسقفون به البيوت بين الخشب ، ويسددون به الخلل بين اللبنات في القبور .انظر، الشوكاني ، **نيل الأوطار** ،ج٥، ص ٩٤ .

(3)رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج١، ص٣٦ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٤ ، ص ١٠٩ .

(4)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٢ ، ص ٢١٠ .

(5)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٥٢ .

(6)وقيدوا جواز الاحتشاش بأن يكون للماشية . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٢٦٣ .

(7)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٥٢ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٧ .

(8)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٧ .

(9)**ابن أبي ليلى :** محمد بن عبد الرحمن ، مفتي الكوفة وقاضيها ، ولد سنة نيف وسبعين ، أخذ عن أخيه عيسى والشعبي ونافع وعطاء ، كان نظيرا للإمام أبي حنيفة في الفقه ، كان فقيها صاحب سنة صدوقا جائز الحـديث ، مات سنة ١٤٨هـ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج٦ ، ص٣١٠-٣١٥ .

(10)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص ١٠٤ .

(11)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٥٢ .

إذا قام كافر بقتل صيد من صيد الحرم ؛ فإن كفره قد يكون مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا دخل كافر إلى الحرم فقتل فيه صيداً ، فهل يضمن الكافر ذلك الصيد أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يجب عليه الضمان ، وبذلك قال : بعض الشافعية في الأصح[١] ، والحنابلة[٢].

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٣] :

١-لأنه ضمان يتعلق بالإتلاف ، فاستوى فيه المسلم والكافر كضمان الأموال .

٢-لأن الحرمة تعلقت بمحله فوجب ضمانه كالآدمي .

القول الثاني : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : النووي من الشافعية[٤] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه غير ملتزم بحرمة الحرم فلا يضمن صيده[٥] .

المناقشة والترجيح : أن حجة الفريق الثاني بأن الكافر غير ملتزم بحرمة الحرم ، حجة ليست بالقوية ، ففعل الكافر في هذه الحالة يستوي فيه المسلم والكافر ؛ لأنه ضمان يتعلق بالأموال .

فالراجح هو القول الأول ، فيجب الضمان على الكافر إذا قتل صيداً في الحرم ؛ لأنه ضمان مال ، وضمان المال لا فرق فيه بين الكافر والمسلم .

فالمانع من الضمان على ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني هو الكفر ؛ لأن الكافر غير ملتزم بحرمة الحرم .

المبحث الخامس

موانع الضمان في مسائل الأضحية

سوف يكون الكلام على موانع الضمان في المسائل المتعلقة بالأضحية[٦] ، بما يخص الجانب المالي لهذه العبادة ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تنفيذ أمر الشارع .

---

(1)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٥ .

(2)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٥٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٥٤٤ .

(3)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٦ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٣٥٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص٥٤٤ .

(4)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٥ .

(5)النووي ، **المجموع** ، ج٧ ، ص ٤٤٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٥٢٥ .

(6)**الأضحية :** هي ما يذبح من النعم تقرباً إلى الله تعالى من يوم العيد إلى آخر أيام التشريق . انظر ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ٢٨٢ .

المطلب الثاني : عدم الوجوب .

المطلب الثالث : وجود الإذن .

المطلب الرابع : الفعل المباح .

المطلب الخامس : عدم التعدي .

المطلب الأول

تنفيذ أمر الشارع

قد يكون تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان على من تصرف تصرفاً يترتب عليه إتلاف مال الغير ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا ضحى الأب أو الوصي من مال الصبي أو المجنون ، فهل يجب عليه ضمان هذا التصرف أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الأب والوصي ذلك ، وبذلك قال : أبو حنيفة وأبو يوسف[١] ، والمالكية[٢] ، والحنابلة في رواية[٣] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن الأضحية واجبة على الموسر(عند الحنفية) ، والعقل والبلوغ ليسا من شرائط وجوبها [٤] .

٢-لأنه إخراج مال يتعلق بيوم العيد فجاز إخراجه من مال اليتيم ، كصدقة الفطر ، فعلى هذا يكون إخراجها من ماله على سبيل التوسعة عليه والتطييب لقلبه ، وإشراكه لأمثاله في مثل هذا اليوم ، كما يشتري له الثياب الرفيعة للتجمل ، ويوسع عليه في النفقة[٥] .

القول الثاني : يضمن الأب والوصي ذلك ، وبذلك قال : الشافعية[٦] ، والحنابلة في رواية[٧] ، ومحمد وزفر[٨] .

حجة أصحاب القول الثاني[١] **:** استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن الأضحية غير واجبة عليهم ؛ لأن من شرائط وجوب الأضحية العقل والبلوغ .

٢-لأن القربة في الأضحية هي إراقة الدم وهي إتلاف ، ولا سبيل إلى إتلاف مال الصغير .

---

(1)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٣٢٠ .

(2)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٣٦٣ . الدردير ، **الشرح الكبير** ، ج٢ ، ص١١٨ .

(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١١ ، ص ١٠٨ .

(4)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٤ .

(5)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١١ ، ص ١٠٨ .

(6)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ٢٨٣ .

(7)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١١ ، ص ١٠٨ .

(8)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٣٢٠ .

٣-أن التصدق باللحم تطوع ولا يجوز ذلك في مال الصغير ، والصغير في العادة لا يقدر على أكل جميع اللحم ، ولا يجوز بيعه فلا يجب .

٤-لأنه إخراج شئ من ماله بغير عوض فلم يجز كالصدقة والهدية .

المناقشة والترجيح :

أن استدلال الفريق الثاني بأن الأضحية من مال الصغير والمجنون هي إتلاف للمـال ، فهذا كلام غير متجه ؛ لأن الأضحية قربة من القربات ينوب فيها الولي عنهما . كما أن العقـل والبلوغ ليسا من شروط الأضحية ، وأيضاً قياس الأضحية على صدقة الفطر بجامع أنهما مـن القربات الواجبة .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الولي فيما لو ضـحى مـن مـال الصـبي والمجنون ؛ لأن الأضحية كصدقة الفطر في الوجوب بناء على قول الحنفية .فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ الولي لأمر الشارع بناءً على أن الأضحية واجبة على الموسر .

المطلب الثاني

عدم الوجوب

إذا فقد شرط من شروط وجوب الأضحية ، فقد يكون هذا الشرط مانعـاً مـن ترتـب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

لو اشترى شاة للأضحية وهو معسر ، أو كان موسرا فانتقص نصابه بشراء الشـاة ثـم ضات ، فلا يضمن بدلاً منها ، ولا يجب عليه شئ آخر ، أما الموسر فلفوات شـرط الوجـوب وقت الوجوب ، وأما المعسر فلهلاك محل إقامة الواجب ، وبذلك قال الحنفية[(١)] .

فالمانع من الضمان عدم وجوب الأضحية في مال غير الموسر .

المطلب الثالث

وجود الإذن

إذا وجد الإذن من المالك في القيام بتصرف من التصرفات ، فيعد هذا الإذن مانعاً مـن ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

لو اشترى شاة للأضحية فجاء يوم النحر فأضجعها وشد قوائمها فجاء إنسان وذبحها من غير أمره ، فهل يجزئه ذلك أم لا ويترتب الضمان على الذابح ؟ **اختلفت آراء الفقهـاء علـى قولين :**

---

(1)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج١١ ، ص ١٠٨ .

القول الأول : لا ضمان على الذابح ، وأجزأت الأضحية عن صاحبها ، وبذلك قـال : الحنفيـة استحساناً[٢] ، والحنابلة[٣] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-وجه الاستحسان : أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك ، فإذا ذبحها غيره فقد حصل غرضـه واسقط عنه مؤنة الذبح ، فالظاهر أنه رضي بذلك فكان مأذوناً فيه دلالة فلا يضمن ويجزيه عن الأضحية كما لو أذن له بذلك نصاً[٤] .

٢- أن صاحب الأضحية لا يتولى ذبحها في العرف بنفسه ، بل يفوض إلـى غيـره ، فصـار مأذونا دلالة كالقصاب إذا شد رجل شاة للذبح فذبحها إنسان بغير أمره لا يضمن[٥] .

٣- لأنه إراقة دم تعين إراقته لحق الله تعالى،فلم يضمن مريقه كقاتل المرتد بغير إذن الإمام[٦].

القول الثاني : يضمن الذابح قيمتها ، وبذلك قال : المالكية[٧] ، والشافعية[٨] ، وزفر قياسـاً[٩] ، والزيدية[١٠] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فلا يجزئ عن صاحبها ، ويضمن الذابح كما لو غصب شاة وذبحها[١١] .

المناقشة والترجيح : أن قياس الفريق الثاني على الغصب لا يصح فهو قيـاس مـع الفـارق ، فالغاصب ترتب على غصبه إيذاء وإتلاف للمال ، أما من ذبح أضحية غيره فليس كـذلك ؛ لأن غرض المضحي منها حصل وأنه أسقط عنه مؤنة الذبح .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من ذبح أضحية غيره ؛ لأن الذابح كأنه أخذ الإذن دلالة لأنه حقق غرضه بذبحها ، ففي العادة أن المضحي لا يذبح بنفسه غالباً ، وهذا بمثابة المأذون له ، كما أن الأضحية أجزأت عن صاحبها ، فلم يحصل إي إتلاف لماله حتى يضـمن الذابح . فالمانع من الضمان في هذه المسألة وجود الإذن من المالك دلالة .

---

(1)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٦ .
(2)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٧ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٣٢٩ . ابـن عابـدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٦ ، ص ٦٤٤ .
(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١١ ، ص ١١٧ .
(4)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٩٠ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٦ ، ص ٦٤٤ .
(5)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٣٢٩ .
(6)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١١ ، ص ١١٧ .
(٧) الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٣٨٤ .
(8)النووي ، **المجموع** ، ج٨ ، ص ٣٧٦ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٤٨٢ .
(9)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٧ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٣٢٩ .
(10)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٩٠ .
(11)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٧ .

المطلب الرابع

الفعل المباح

إذا تصرف الشخص في الأضحية تصرفاً مباحاً أباحه الشارع ، فقد يكون هـذا الفعـل المباح مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أكل المضحي جميع الأضحية ولم يخرج منها للمحتاجين أي شئ ، فهل يضمن ذلك أم لا ضمان عليه ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه إن أكل جميع الأضحية ولم يخرج منها شيئاً ، وبذلك قال بعـض الشافعية(١) ، والزيدية(٢) .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنها ذبيحة يجوز أن يأكل منهـا ، فجاز أن يأكل جميعها كسائر الذبائح(٣) .

القول الثاني : يضمن إن لم يتصدق منها ، وبذلك قال : بعض الشافعية(٤) ، والحنابلة(٥) .

حجة أصحاب القول الثاني : يمكن أن يستدل لهم من القرآن الكريم بما يأتي : قوله تعـالى : ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ﴾(٦) . وقوله : ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ (٧) ﴾ (٨) .

وجه الدلالة من الآيتين : أن القدر المستحب أكله النصف ويتصدق بالنصف ، بناءً على الآيـة الأولى ، أو يأكل الثلث ، ويهدي الثلث ، ويتصدق بالثلث(٩) .

المناقشة والترجيح :

أن الآيات التي احتج بها الفريق الثاني لا تدل على وجوب الإطعـام مـن الأضـحية للفقـراء والمحتاجين ، بل هو من المستحبات لتحصيل الأجر والثواب .

---

(1)النووي ، **المجموع** ، ج٨ ، ص ٤١٣ .
(2)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٩٢ .
(3)النووي ، **المجموع** ، ج٨ ، ص ٤١٣ .
(4)المصدر نفسه ، ج٨ ، ص ٤١٣ .
(5)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٢٣ .
(6)سورة الحج ، من الآية / ٢٨ .
(7)**القانع :** الجالس في بيته المتعفف الذي لا يسأل الناس شيئاً . **المعتر :** هو الذي يسأل الناس . انظر ، الثوري ، سفيان بن سعيد . **تفسير سفيان الثـوري** ، ط١ ، ١م ،(تحقيق لجنة من العلماء) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ ، ص ٢١٤ .
(8)سورة الحج ، من الآية / ٣٦ .
(9)القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج١٢ ، ص ٤٧ . النووي ، **المجموع** ، ج٨ ، ص ٤١٣ .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من ضحى أضحية وأكلها كلها ؛ لأن المقصود من تشريع الأضحية قد حصل وهو إراقة الدم في يوم العيد ، ولأنها ذبيحة فيجوز له أن يأكلها جميعاً خاصة عند الحاجة .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة أنه باشر فعلاً مباحاً .

المطلب الخامس

عدم التعدي

إذا هلكت الأضحية المعينة ، أو ضاعت قبل ذبحها ، فهذا يعد مانعاً من ترتب الضمان على المضحي ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قال : جعلت هذه الشاة ضحية ، أو نذر أن يضحي بشاة عينها ، فماتت قبل يوم النحر ، أو سرقت قبل تمكنه من ذبحها يوم النحر ، أو ضلت ، فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أنه لم يقصر في حفظها[٤] .

٢-ولأن المنذور به معين لإقامة الواجب فيسقط الواجب بهلاكه ، قياساً على الزكاة حيث تسقط بهلاك النصاب[٥] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التعدي والتقصير .

الفصل الثاني

موانع ضمان العقود المالية

ويشتمل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : موانع ضمان عقود المعاوضات المالية .

---

(١) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٦ .
(٢)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٤٨٠،٤٨٧ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ٢٨٨ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١١ ، ص ١١٥ .
(٤)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٢ ، ص ٤٨٠،٤٨٧ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ٢٨٨ .
(٥)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٦٦ .

المبحث الثاني : موانع ضمان عقود التبرعات .

المبحث الثالث : موانع ضمان عقود الأمانات .

المبحث الأول

موانع ضمان عقود المعاوضات المالية

سوف نستعرض في هذا المبحث موانع الضمان في عقود المعاوضـات الماليـة[1] ، وذلك ضمن المطالب الأربعة الآتية :

المطلب الأول : موانع ضمان عقد البيع .

المطلب الثاني : موانع ضمان عقد الإجارة .

المطلب الثالث : موانع ضمان عقد المضاربة .

المطلب الرابع : موانع ضمان عقد القسمة .

المطلب الأول

موانع ضمان عقد البيع

يعد عقد البيع[2] أحد عقود المعاوضات المالية ، وهو من أوسع العقود انتشاراً واستعمالاً بين الناس ، فحاجة الناس إلى مثل هذا العقد كبيرة . ونظراً لشيوع هذا العقد وكثرة المتعـاملين به ، فقد يترتب على هذا العقد إتلاف للمال مما يستوجب الضمان على المتلف ، لكن الضمان قد يمتنع في بعض الحالات الخاصة ، لذلك سنتعرف على موانع الضمان في هذا النوع من العقود من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان في البيع ،ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى

إذا اشترى شاة وانفسخ العقد فيها بالرد على البائع ، وكانت الشاة كما هي ، غير أنها ولدت حملين فمات أحدهما ، فيأخذ البائع الأم والحمل الباقي ، ولا يجب الضمان على المشتري بسبب موت الحمل الأول ، وبذلك قال : الحنفية[3] ، والشافعية[4] ، والحنابلة[5] .

---

(١)**عقد المعاوضة :** هو العقد المبني على المساواة بين البدلين . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٨٣ . **أو :** هو عقد يعطى كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر . قلعجي ، **معجـم لغـة الفقهاء** ، ص ٤٣٨ .

(٢)**البيع :** مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً . الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٦٨ .

(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ، ص ٢١-٢٢ .

(٤)النووي ، **المجموع** ، ج٩ ، ص ٣٦٨ .

(٥)البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٣ ، ص ٢٢٨ .

وحجتهم : استدلوا من المعقول بما يأتي : القياس على ولد المغصوب إذا مات في يد الغاصب من غير تعد منه فلا ضمان عليه ، وكذلك هنا[1] . فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا هلكت السلعة في يد البائع وكان له الخيار[2] أو للمشتري ، فلا ضمان على المشتري ؛ لأن البيع بطل بسبب فوات القبض المستحق بالعقد ، ولم يتعد المشتري،وبذلك قال:الحنفية[3].

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التعدي .

المسألة الثالثة

إذا وقع البيع فاسداً وحدثت في المبيع زيادة عند المشتري وهلكت هذه الزيادة في يد المشتري أو البائع ، فلا ضمان عليهما ؛ لأنه أمانة في اليد فلا يضمن إلا بالتفريط ؛ ولأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لا أصلاً ولا تبعاً ، أما أصلاً : فلانعدامها عند القبض ، وأما تبعاً : فلأنها ليست بتابعة حقيقة بل هي أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الأصل ، وبذلك قال : الحنفية[4] ،والحنابلة[5] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا دفع المشتري إلى البائع كيساً على أن الثمن فيه دراهم ، فذهب البائع به إلى منزله فإذا فيه دنانير فحملها ليردها فضاعت في الطريق ، فلا ضمان على البائع في هذه الحالة لعدم التعدي والتفريط ، وبذلك قال : الحنفية [6] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التعدي .

---

(1) السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ، ص ٢٢ .النووي ، **المجموع** ، ج٩ ، ص ٣٦٨ . البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٣ ، ص ٢٢٨ .

(2) **الخيار :** طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٤٣ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٢٢٩ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢٠١ .

(3) السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ، ص ٤٨ .

(4) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٣٠٣ .

(5) البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٣ ، ص ٢٨٤ .

(6) ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٥ ، ص ٤٦٦ .

المسألة الخامسة

إذا تم التصريح في عقد البيع بأن لا ثمن فيه بطل البيع ، وذلك لانعدام الركن وهو المال ، فإذا قبض المشتري المبيع في هذا البيع الباطل فهلك المبيع فهل يضمن المشتري ذلك أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : يضمنه المشتري ، وبذلك قال : الحنفية وهو ما عليه الفتوى[1] .

القول الثاني : لا ضمان على المشتري ؛ لأنه لم يملكه بالعقد الباطل ولأنه أمانة في يده ، فلا يضمنه لعدم التعدي والتفريط ، وبذلك قال : الحنفية في قول[2] .

الترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيضمن المشتري ، لأنه ضمنه بقبضه له .

فالمانع من الضمان بناء على القول الثاني غير الراجح هو عدم التعدي .

المسألة السادسة

إذا اشترى الصبي سلعة وسلمت إليه فتلفت في يده أو أتلفها ، فلا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد البلوغ ؛ لأنه لم يتعد ، بل المالك هو المضيع بتسليم السلعة إلى الصبي ، وبذلك قال : الشافعية[3] ، والزيدية[4] .فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التعدي .

المسألة السابعة

إذا أمتنع المشترى من دفع الثمن مع قبضه للمبيع وقال : لا أدفع الثمن إلا بعد أن أقبض ما اشتريت ، فللبائع أن يحبس ما باع حتى ينتصف وينصف معاً ، فإن تلف عنده من غير تعد منه فهو مصيبة المشترى وعليه دفع الثمن ، ولا ضمان على البائع فيما هلك عنده من غير تعديه ؛ لأنه احتبس بحق ، بدليل قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[5] ، وبذلك قال : الظاهرية[6] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التعدي .

---

(١)الحصكفي ، **الدر المختار** ، ج٥ ، ص ١٧٦ .
(٢)الحصكفي ، **الدر المختار** ، ج٥ ، ص ١٧٦ .
(٣)النووي ، **المجموع** ، ج٩ ، ص ١٥٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٨ .
(٤)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ١٢٢ .
(٥)سورة البقرة ، من الآية /١٩٤ .
(٦)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ٤٠٩ .

الفرع الثاني

رضا المشتري بالعيب

إذا رضي المشتري بقبض السلعة المعيبة ، فهذا الرضى يعد مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا اشترى شخص شاةً من شخص آخر وقبل قبضها قام البائع بقطع يدها ، ثم قبضـها المشتري سواء أكان القبض بإذن البائع أم بغير إذنه ، فماتت الشاة في يد المشتري بسبب أثـر جناية البائع عليه ، فيتحمل البائع نصف الثمن بسبب قطعه ليدها ، ولا ضمان على البائع فيمـا هلك في يد المشتري بسبب جناية البائع ، وبذلك قال : الحنفية[1] ، والزيدية[2] .

وحجتهم في ذلك : أن المشتري بإقدامه على القبض صار راضياً بما بقي منه ، والرضى قـاطع لحكم سراية جناية البائع [3] . فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو الرضى بالعيب .

الفرع الثالث

وجود العيب

يعد وجود العيب في بعض الأحيان مانعاً من ضمان الفوائد الفرعية علـى المشـتري ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

قال رسول ا ﷺ ﴿ **الخراج بالضمان** ﴾[٤] . ومعنى الحديث : أن المبيع إذا كـان لـه دخل وغلة ، فإن مالك الرقبة الذي هو ضامن لها يملك خراجها لضمان أصلها .

فإذا ابتاع رجل أرضاً فاستعملها ، أو ماشية فنتجها ، أو دابة فركبها ، فله أن يرد الرقبة ولا شيء عليه فيما انتفع به ؛ لأنها لو تلفت ما بين مدة الفسخ والعقد لكانت في ضمان المشتري فوجب أن يكون الخراج له[٥] . **اختلفت آراء الفقهاء على أربعة أقوال :**

القول الأول : إن الخراج بالضمان –على ما تقرر في معنى الحديث - ، وما وجد من الفوائد الأصلية والفرعية فهو للمشتري ، ويرد المبيع ما لم يكن ناقصاً عمـا أخـذه ، وبـذلك قـال : الشافعية[٦] والحنابلة[٧] .

---

[١]السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ، ص ١٧٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ٣٠٣ .
[٢]المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ١٢٢ .
[٣]السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ، ص ١٧٦ .
[٤] سبق تخريجه ، انظر ص (١٤) .
[٥] الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٣٠ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ١٤٤ .
[٦] الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج٨ ، ص ٣٧٩ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ١٤٤ .
[٧] البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٢٥٥-٢٥٦ .

القول الثاني : يفرق بين الفوائد الأصلية والفرعية ، فيستحق المشتري الفرعية ، وأما الأصـلية فتصير أمانة في يده . فإن رد المشتري المبيع بالحكم وجب الرد ويضمن التلـف ، وإن كـان بالتراضي لم يردها ، وبذلك قال : الهادوية[١] .

القول الثالث : أن المشتري يستحق الفوائد الفرعية كالكراء ، وأما الفوائد الأصلية كالثمر ، فإن كانت باقية ردها مع الأصل ، وإن كانت تالفة امتنع الرد واستحق الأرش ، وبذلك قال:الحنفية[٢]

القول الرابع :يفرق بين الفوائد الأصلية كالصوف فيستحقه المشتري،والولد يرده مع أمه، وهـذا ما لم تكن متصلة بالمبيع وقت الرد،فإن كانت متصلة وجب الرد لها إجماعاً،وبه قال: مالك[٣] .

الترجيح : الراجح هو القول الأول بناء على قاعدة الخراج بالضمان ، فمن يغرم يغنم ، فالمـانع من ضمان الفوائد الفرعية والأصلية هو الالتزام بالضمان .

الفرع الرابع

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان على من أتلف مالاً محرماً لغيره ويظهر ذلك من خلال المسالة الآتية :

إذا اشترى مسلم نبيذاً ، فأتلفه شخص آخر ، فهل يضمن المتلف قيمته أم لا ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن من أتلف نبيذاً لمسلم ، وبذلك قال : جمهور الفقهـاء مـن المالكيـة[4]، والشافعية[5] ، والحنابلة[6] ، والصاحبان [7] ، والظاهرية [8] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن النبيذ لا يعد مالاً متقوماً فلا يجوز بيعه كالخمر ؛ لأن محل البيع هو المال ، وهو اسم لما يباح الانتفاع به حقيقةً وشرعاً ولم يوجد فلا يكون مالاً[9] .

٢-أن النبيذ كالخمر لا قيمة له كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة[10] .

---

(١) المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ١١٨ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ١٤٤ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ، ص ١٠٤ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ١٤٤ .
(٣) الآبي ، **الثمر الداني** ، ص ٥٠٣ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ١٤٤ .
(٤)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٤ ، ص ٢٧١ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٤ ، ص ٣٥٥ .
(٥)الشافعي ، **الأم** ، ج٣ ، ص ٢٤٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٨٥ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٣٦٦ .
(٧)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ١١٥ .
(٨)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٧ ، ص ٥١٧ .
(٩)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ١١٥ .
(١٠)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٨٥ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٤٣ .

القول الثاني : يضمن من أتلف نبيذاً لمسلم ، وبذلك قال : أبو حنيفة[1] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن البيع مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه ؛ لأن الأشربة مرغوب فيها ، والمال اسم لشيء مرغوب فيه إلا أن الخمر مع كونها مرغوباً فيها لا يجوز بيعها بالنص ، والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص ؛ فإذا أتلفها إنسان آخر يضمن [2] .

المناقشة والترجيح :

أن حجة الفريق الثاني ليست بالحجة القوية ، فالنص حرم الخمر لعلة الإسكار ، فمتى وجدت هذه العلة في أي مشروب آخر أخذ نفس الحكم . فالنبيذ ليس مالاً متقوماً ولا ينتفع به ، كما أنه يقاس على الميتة والدم التي نص الشارع على عدم قيمتها لنجاستها .

فالراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، فلا ضمان على من أتلف النبيذ لمسلم .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو تنفيذ أمر الشارع في وجوب إتلاف الخمر .

الفرع الخامس

عدم وجود قيمة مالية للمتْلَفِ

يعد عدم وجود قيمة مالية لبعض الأشياء مانعاً من ترتب الضمان على من أتلف ما لا قيمة له من الأشياء ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

من شروط صحة البيع أن يكون المبيع منتفعاً به ، فإذا أخذ شخص حبة قمح من صبرة لغيره فهو متعدٍ ويلزمه ردها ، فإن تلفت : **ففيها وجهان عند الشافعية**[3] **:**

([1])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ١١٥ . يرى أبو حنيفة أنه إذا وكل المسلم الذمي بأن يشترى له خمرا أو يبيعها له ففعل ذلك مع ذمي جاز على الآمر ، وخالفه الصاحبان في ذلك وقالا هو مشتري لنفسه ؛ لأن المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه ، فلا يصح توكيل غيره به ، كما لو وكل المسلم مجوسيا بان يزوجه مجوسية ، وهذا لأنه لو نفذ عقده على الآمر ملك المسلم الخمر بالعقد ، ولا يجوز أن يملك المسلم الخمر بعقد التجارة ، وهذا منهما نوع استحسان فكأنهما يقولان : في البيع والشراء طرفان طرف العقد وطرف الملك ، فكما أن الكافر إذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار طرف العقد فكذلك المسلم إذا وكل الكافر به لا يجوز لاعتبار طرف الملك ، بل أولى لأن العقد سبب الملك والثابت به الملك في المحل ، وهو المقصود فإذا وجبت مراعاة جانب العقد فلأن تجب مراعاة جانب الملك أولى .

وأبو حنيفة : يقول الذي ولي الصفقة هو الوكيل ، والخمر مال متقوم في حقه يملك أن يشتريها لنفسه فيملك أن يشتريها لغيره ، وهذا لأن الممتنع ههنا بسبب الإسلام هو العقد علي الخمر لا الملك ، فالمسلم من أهل أن يملك الخمر ألا ترى أنه إذا تخمر عصير المسلم يبقي مملوكا له ، وإذا مات قريبه عن خمر يملكها بالإرث ، وهنا إن اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من أهله وهو في حقوق العقد كالعاقد لنفسه ، وإن اعتبرنا جانب الملك فالمسلم من أهل ملك الخمر ، فيصح التوكيل ألا ترى أن في جانب العقد إفساد التوكيل إذا كان الوكيل مسلما ، ويعتبر جانب العقد دون الملك فكذلك في جانب تصحيح الوكالة . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٢ ، ص ٢١٦-٢١٧ .

([2])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٥ ، ص ١١٥ .

([3])النووي ، **المجموع** ، ج٩ ، ص ٢٣٩ .الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ١٢ .

الأول : أنه لا ضمان فيها ؛ لأنها لا قيمة مالية لها .

الثاني : يلزمه ضمان مثلها ؛ لأنها مثلية .

الترجيح : الراجح هو الوجه الأول ، فلا ضمان على من أتلف شيئاً لا قيمة مالية له .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم وجود قيمة مالية للشيء المتلف .

المطلب الثاني

موانع ضمان عقد الإجارة

إن عقد الإجارة[1] من عقود المعاوضات المالية ، وهذا العقد قد يطـرأ عليـه إتـلاف المأجور أو بعضه مما يرتب الضمان على المتلف ، لكن توجد حالات يمتنع فيها ضـمان هـذا الإتلاف لأسباب تعفي المتْلِفَ من وجوب الضمان ، لذلك سيتم ذكر هذه الموانـع مـن خـلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان في مسائل الإجارة ، ويظهر ذلك مـن خـلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أتلف الأجير المشترك[2] كالخياط ثوباً لشخص مثلاً ، فهل يضمن ما أتلفه ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : إذا تلف الثوب بدون تعد منه ، فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : أبـو حنيفـة[3] ، والشافعية في الصحيح[4] ، والظاهرية[5] ، والزيدية[6] ، والإمامية[7] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-إن يده يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي والتقصير[8] .

٢-إن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب[1] .

القول الثاني : أن الأجير المشترك يضمن ما أتلفه ، وبذلك قال : الشافعية في قول[2] ،

---

(١)**الإجارة** :هي بيع المنافع . انظر ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣ . **أو :** تمليك المنافع بعوض . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٥٠٦ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٤٢ . **أو :** عقد على منفعـة مقصـودة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم . انظر ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٣٣٢ .

(٢)**الأجير المشترك :** هو الذي يقبل الأعمال من غير واحد ، كالخياط والإسكاف . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ٨٠ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٩-١٠٠ .

(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ٨٠ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٤٧ .

(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٥ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٣٥١ .

(٥)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ٢٠١ .

(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٢٨١ .

(٧)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١٩ ، ص ١٤٥ .

(٨)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٥١٣ .

والحنابلة[3] ، والصاحبان ، وعمر وعلي رضي ا عنهما[4] ، وشريح[5] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير[6] .

٢-أن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً ، كالعدوان بقطع عضوٍ ، والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعلم ، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه[7] .

المناقشة والترجيح :

١-أن يد الأجير المشترك يد أمانة ، ويد الأمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتقصير .

٢-أن فائدة عمل الأجير المشترك عائدة إليه وإلى المالك فلا يضمن .

٣-أن قياس عمل الأجير المشترك على قطع عضو عدواناً قياس مع الفارق ؛ لأنه متعدٍ في قطع العضو ، أما الأجير فلا يوجد منه تعدٍ ، فلو وجد التعدي لضمن ذلك .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الأجير المشترك ، فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا تعثر الحمال المستأجر فأتلف ما يحمله ، فهل يضمن أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : المالكية[8] ، وزفر[9] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أنه فعل مأذون فيه ، فلا ضمان فيه[10] .

٢-أن الأمر المطلق ينتظم العمل بنوعيه المعيب والسليم ولا يمكن التحرز عن المعيب[1] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٦ .
(٢)المصدر نفسه ، ج١٥ ، ص ٩٥ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٣٥١ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٠٦ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ٨٠ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٤٧ .
(٥) **شريح :** هو أبو أمية شريح بن الحارث الكندي ، كان قاضياً ، قال له علي بن أبي طالب؁ أنت من أفضل الناس ، ولي قضاء الكوفة لعمر بن الخطاب ، وبقي في القضاء خمساً وسبعين سنة ، ثم استعفى الحجاج فأعفاه ، توفي وهو ابن مائة وعشرين سنة وذلك سنة ٨٢هـ . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ٨٠-٨١ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج٤ ، ص ١٠٠ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٥ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٣٥١ .
(٧)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٠٦-١٠٧ .
(٨)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٤ ، ص ٤٣٩ .
(٩)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٠٧ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٤٨ .
(١٠)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص٤٨ .

٣-أن الأجير لا يضمن إلا بالتعدي[2] ولا تعدي هنا .

القول الثاني : يضمن الحمال ، وبذلك قال : الحنفية[3] ، والحنابلة[4] ، والزيدية[5] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن التلاف حصل بجناية يد الحمال[6] .

٢-أن التلاف حصل بفعل غير مأذون فيه هو السليم دون غيره عرفاً وعادةً فيضمن[7] .

المناقشة والترجيح :

١-أنه باشر فعلاً مأذوناً فيه ، ومن باشر فعلاً مأذوناً فيه لا يترتب عليه الضمان .

٢-أن الحمال لا يوجد منه أي تعدٍ ولا تفريط ؛ لأن عثرة الرجل طبيعية تحصل لأي شخص .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الحمال الذي تعثر فأتلف مال غيره.

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

إذا أسكن مستأجر الدار معه غيره فانهدمت بسبب سكنى غيره ، لم يضمن ؛ لأنه غير متعدٍ فيما صنع ، وكثرة الساكنين في الدار لا توهن البناء ولكنها تزيد في عمارة الدار ، وبذلك قال : الحنفية[8] ، والحنابلة[9] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا بنى المستأجر في الدار تنوراً يخبز فيه سواء أذن رب الدار أو لم يأذن ، فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه غير متعدٍ في هذا التسبب فاتخاذ التنور من توابع السكنى ، وبذلك قال : الحنفية[10] ، والمالكية[11] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)المصدر نفسه ، ج٨ ، ص٤٨ .
(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٤ ، ص ٤٣٩ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٠٧ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٤٨ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٠٦ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٢٨١-٢٨٢ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٠٧ .
(٧)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٤٩ .
(٨)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٤٨ .
(٩)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٨ .
(١٠)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٥٤-١٥٥ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٥١٧ .
(١١)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٤ ، ص ٥١٦ .

الفرع الثاني

إذن المالك

يعد صدور الإذن من المالك مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسـائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا قال شخص لخياط أيكفيني هذا الثوب قميصاً ، فقال : نعم ، فقال للخياط اقطعه ، فلما قطعه فإذا هو لا يكفي لقميص لم يضمنه الخياط ؛ لأنه قطعه بإذنه ، ولا يقال غره بقوله اقطعه ؛ لأن التغرير القولي لا يوجب الضمان على الغار إلا إذا كان في ضمن عقد ضمان ، وبـ ذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[1] ، والشافعية[2] ، والحنابلة[3] ، وأبو ثور[4] [5] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من المالك .

المسألة الثانية

إذا تلف الثوب عند القصار[6] بعد الفراغ من العمل ، فهل يضمن ذلـك الثـوب أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا ضمان عليه في هذه الحالة ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء كأبي حنيفة والحسن بن زياد[7] وزفر[8] ، والمالكية بشـرط عـدم التعـدي[9] ، والشـافعية فـي الصـحيح [10] ، والظاهرية[11] ، والزيدية[12] ، والإمامية[1] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ٩٨ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٥٢٩ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٣٥٥ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١١٢ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٧ .
(٤)**أبو ثور :** هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي ، الفقيه العلامة ، أخذ الفقه عن الشافعي وغيره ، كان أحد الثقات المأمونين ، له مصنفات في الأحكام جمع فيها بين الفقه والحديث ، **قال الرافعي :** أبو ثور وإن كان معدوداً في أصحاب الشافعي فله مذهب مستقل ، توفي سنة ٢٤٠هـ . انظر ، ابن قاضي شهبة ، **طبقـات الشافعية** ، ج٢ ، ص ٥٦ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ١٠٠ .
(٦)**القصار:**هو الشخص الذي يقوم بتقصير الثياب حسب قامة الشخص ، فكانت القصارة صناعة رائجة كالخياطة والحياكة .ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٥١٣ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٣٢٣ .
(٧)**الحسن بن زياد :** اللؤلؤي مولى الأنصار ، وهو صاحب أبي حنيفة ، وهو من أهل الكوفة ، ولي القضاء ثم استعفى منه ، وكان حافظاً لروايات أبي حنيفة ، كان حسن الخلق سهل الجانب ، توفي سنة ٢٠٤هـ . انظر ، السمعاني ، **الأنساب** ، ج٥ ، ص ١٤٥-١٤٦ .
(٨)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٠٣ .
(٩)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٥٥٨ .
(١٠)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٥-٩٦ .
(١١)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ٢٠١ .
(١٢)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٢٨١ .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[2] :

١-أن القصار قبض العين بإذن المالك لمنفعته وهو إقامة العمل له فيه ، فلا يكـون مضـموناً قياساً على المودَع والأجير الخاص .

٢-أن الضمان إما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران ، والعقد وارد على العمـل لا علـى العين ، فلا تصير العين به مضمونة ، والجبران للفوات والقصار لم يفوت على المالك شيئاً حين قبضه بإذنه .

القول الثاني : يضمن القصار ذلك الثوب التالف ، إلا إذا كان التلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه في الغالب كالحرق ، وبذلك قال : الشافعية في قول[3] ، والحنابلة[4] ، والصاحبان[5] .

حجة أصحاب القول الثاني :استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن الاستحسان أن نضمن القصار احتياطاً ؛ لأنه أجير مشترك ، بخلاف الأجير الخـاص[6] فالعين تكون في يد صاحبها ؛ لأن الأجير الخاص يعمل له في بيته ؛ ولأن البدل هنـاك لـيس بمقابلة العمل ، فلا تشترط فيه السلامة عن العيب[7] .

يجاب عن ذلك : قال أبو حنيفة : ((هذا نظر فيه ضرر في حق الأجير ، وهو أن نلزمه ما لـم يلتزمه ، ونظر الشرع للكل ، فمن النظر للأجير أن لا يكون مضموناً عليـه ، ولمـا تسـاوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك)) [8] .

٢-لأن القصار قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير[9] .

المناقشة والترجيح :

١-وجود الإذن من المالك بقبض العين ، ووجود الإذن مانع من ترتب الضمان إذا لم يتعد .

٢-أن القصار لم يتعد في هذه الحالة فلا ضمان عليه .

فالراجح في هذه المسالة هو القول الأول ، فلا ضمان على القصار في هذه الحالة .

---

(١)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١٩ ، ص ١٤٥ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٠٣ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٦ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٥ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٠٦ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٠٣ .
(٦)**الأجير الخاص :** هو الذي يتم استئجاره ليعمل عند شخص واحد ، ولا يجوز له أن يعمل لغيره فـي المـدة المتفق عليها بينهما . انظر ، ابن نجيم ، **البحـر الرائـق** ، ج٨ ، ص ٥٢ . المطيعـي ، **تكملـة المجمـوع** ، ج١٥،ص ٩٩ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٠٣ .
(٨)المصدر نفسه ، ج١٥ ، ص ١٠٣-١٠٤ .
(٩)المطيعي ، **تكملة المجموع** ج١٥ ، ص ٩٥ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من المالك .

المسألة الثالثة

إذا حفر المستأجر في الدار بئراً للماء فسقطت فيها دابة ، فإن حفر بإذن رب الدار فلا ضمان عليه ، وإن حفر بغير إذنه فهو ضامن ؛ لأن المسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً في السبب ، وهو في الحفر بغير إذنه يعد متعدياً ، وبذلك قال : الحنفية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من المالك .

المسألة الرابعة

لو سقى الراعي المستأجر الأغنام من نهر فغرقت شاة منها ، لم يضمن ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[2] ، والمالكية[3] ، والحنابلة[4] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١- لأن الراعي مأذون له في سقيها[5] .

٢- لأن يد الراعي يد أمانة فلا يضمن لعدم التعدي[6] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من المالك دلالة .

الفرع الثالث

الفعل الواجب المعتاد

إذا باشر الشخص فعلاً معتاداً وترتب على هذا الفعل إتلاف للمال ، فالفعل المعتاد يمنع من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا استأجر شخص داراً ليسكنها ،فأنزل بها المواشي ولم ينزل هو بها ، فانهدمت الدار بفعل المواشي ، فلا ضمان عليه ؛ لأن فعله من توابع السكنى ، وبذلك قال : الحنفية[7] ، والمالكية[8] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٤٩ .
(٢)المصدر نفسه ، ج١٥ ، ص ١٦١ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٥٣ .
(٣)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٤ ، ص ٤٣٩ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٥٥٥ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٧ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٣ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٦١ .
(٦)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ،ج٨، ص ٥٣ . مالك ، **المدونة** ،ج٤،ص٤٣٩.ابن قدامة ، **المغني**،ج٦،ص١٢٧ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٥٢-١٥٣ .
(٨)واشترطوا أن لا تلحق ضرراً بالدار،أو تكون داراً لا تصلح لمثل ذلك .مالك،**المدونة الكبرى**،ج٤،ص٥١٧ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو القيام بالفعل الواجب المعتاد.

المسألة الثانية

إذا استأجر خيمة وعلق فيها قنديلاً فتلفت ، فلا ضمان عليه ؛ لأن فعله هذا من الأفعـال المعتادة ، وبمطلق العقد يستحق المستأجر جميع التصرفات المعتادة ، وبـذلك قـال : جمهـور الفقهاء من الحنفية[1] ، والشافعية[2] ، والحنابلة[3] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو القيام بالفعل الواجب المعتاد.

المسألة الثالثة

إذا استأجر دابة لتنقله من بلد إلى بلد فأسرجها ، فلا ضمان عليه ؛ لأن الدابة لا تركـب عادة من بلد إلى بلد إلا بإسراج ، والثابت بالعرف كالثابت بالشرط ، وبذلك قال : الحنفيـة[4] ، والشافعية[5] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو القيام بالفعل الواجب المعتاد.

المسألة الرابعة

إذا استأجر طبيباً فأتلف شيئاً من بدن الإنسان فلا ضمان عليه إن لـم يتعـد الموضـع المعتاد ، وبذلك قال : الحنفية[6] ، والحنابلة[7] ، والزيدية[8] ، والإمامية[9] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-لأن الطبيب التزم بالعقد عدم مجاوزة الحد المسموح به ، فصار واجباً عليه ، والفعل الواجب لا يقارنه الضمان ، قياساً على إقامة القاضي الحد أو التعزير ومات المضروب بذلك[10] .

٢-لأنه فعل فعلاً مأذوناً فيه فلا ضمان على فعله إذا لم يتعد[11] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٦٩ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٥٠ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١١٧ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٧٣ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٥٢٧ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٩٤ .
(٦)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٥١ .
(٧)وقيد الحنابلة عدم الضمان بشرطين : ١- أن يكون الطبيب ماهراً في طبه وصنعته . ٢-أن لا يتجـاوز ولا يتعدى . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٢ .
(٨)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٢٨٣ .
(٩)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١٩ ، ص ١٤٢ .
(١٠)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ، ص ٥١ .
(١١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٠ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو القيام بالفعل الواجب المعتاد.

الفرع الرابع

تسليم العهدة إلى أصحابها

إذا قام الشخص بتسليم ما بيده من أموال الآخرين إليهم فتلفت ، فتسليمه الأموال لأهلها يعد مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قام الراعي المشترك بتسليم الغنم إلى أصحابها فأكل السبع منها شاةً وهي في موضعها فلا ضمان عليه ؛ لأنه بتسليمها إلى أهلها يخرج من عهدتها ؛ ولأن عليه عمل الرعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها إلى أهلها ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[1] ، والمالكية[2] ، والحنابلة[3] .

---

(١) السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٥ ، ص ١٦٢ .
(٢) مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٤ ، ص ٤٣٩ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٥٥٥ .
(٣) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٧ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٣ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو تسليم العهدة إلى أصحابها .

المطلب الثالث

موانع ضمان عقد المضاربة

عقد المضاربة[1] من عقود المعاوضات المالية ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف بعض مال المضاربة أو كله ، وهذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هنالك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف مال المضاربة ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد المضاربة من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

الفعل المأذون فيه

يعد الفعل المأذون فيه مانعاً من ترتب الضمان على من تصرف في مال المضاربة ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا باع المضارب شيئاً وأخر الثمن جاز ؛ لأن التأخير للثمن عادة التجار ، فهل يضمن المضارب ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن المضارب في هذه الحالة ؛ لأنه يملك أن يستقيل[2] ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداءً فلم يضمن ، وبذلك قال : الحنفية[3] ، والحنابلة في رواية[4] ، وابن أبي ليلى[5] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن إذنه في التجارة ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ، ولأنه يقصد به الربح والربح في البيع نسيئة أكثر[6] .

القول الثاني : يضمن المضارب إن لم يأذن له رب المال ، وبذلك قال : المالكية[7] ، والحنابلة في رواية [8] .

---

(١)**المضاربة :** تسمى المقارضة والقراض ، وهي : أن يدفع مالاً إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما . انظر ، النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ١٩٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ١٣٤ .

(٢)**الإقالة :** الإراحة من ثقل ، ومنه أقال عثرته إذا أنهضه منها ، وتعني : فسخ العقد أو البيع برضا المتعاقدين . انظر ،ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٢٢٥ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٨١ .

(٣)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٨٨ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ١٤٩-١٥٠ .

(٥)المصدر نفسه ، ج٥ ، ص ١٥٠ .

(٦)المصدر نفسه ، ج٥ ، ص ١٥٠ .

(٧)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٥٢٩ .

(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ١٤٩-١٥٠ .

حجة أصحاب القول الثـاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه نائب في البيع ، فلم يجز لـه البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه كالوكيل ؛ لأن النائب ليس له التصرف إلا على وجـه الحـظ والاحتياط ، وفي النسيئة تغرير بالمال [1] .

المناقشة والترجيح :

أن دعوى عدم جواز البيع نسيئة للمضارب من الفريق الثـاني ليسـت بمتجهـة ؛ لأن المضارب مأذون له من بداية العقد بالتصرف لصالح الشركة في التصرفات المتعارف عليها بين التجار . فالراجح في هذه الحالة هو القول الأول ، فلا ضمان على المضارب إذا باع نسـيئة ؛ لأنه مأذون له في مثل هذا التصرف ، والبيع نسيئة من عادة التجار وعرفهم .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود الإذن دلالة على مثل هذا التصرف .

المسألة الثانية

إذا قام المضارب بصبغ ثياب المضاربة بالسواد من ماله الخاص ، فنقصها ذلك ، كـان متطوعاً في ذلك ؛ لأن الاستدانة على المضاربة لا تجوز ، ولا يصير شريكاً بالسواد ؛ لأنه لـم يوجب في العين زيادة ، بل أوجب فيها نقصاناً ، لكن المضارب لا يضمن بفعله ، سواء أقال له رب المال اعمل فيها برأيك أم لم يقل ؛ لأنه مأذون فيه بمطلق عقد المضاربة ، وبـذلك قـال : الحنفية[2].فالمانع من الضمان وجود الإذن دلالة على مثل هذا التصرف بمطلق عقد المضاربة .

المسألة الثالثة

إذا خلط المضارب مال الشركة بماله ، وقال له رب المال اعمل فيهـا برأيـك ، فـلا ضمان على المضارب ؛ لأن المضارب مأذون له بالتصرف برأيه ، أما لو لم يقل له اعمل فيها برأيك فيضمن المضارب ، وبذلك قال : الحنفية[3] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود الإذن صراحة على مثل هذا التصرف .

المسألة الرابعة

إذا لم يقل رب المال للمضارب اعمل فيها برأيك ، فقام المضارب بدفع مال المضـاربة مضاربة إلى غيره ، وكانت المضاربة الأولى والثانية صحيحة ، فهل يضمن المضارب ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(1)ابن قدامة ، **المغني** ، ج5 ، ص ١٥٠ .
(2)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٢ ، ص ١٨٣-١٨٤ .الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٩١ .
(3)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٢ ، ص ٧٥-٧٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٩٢ .

القول الأول : إن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني ، حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانة ، وبذلك قال : الحنفية [1] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن مجرد الدفع إيداع من المضارب ، وهو يملك إيداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع[2] .

القول الثاني : إنه يصير مضموناً بنفس الدفع ، سواء أعمل الثاني أم لم يعمل ، وإذا هلك قبل العمل يضمن ، وبذلك قال : المالكية[3] ، وزفر[4] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن المضارب إذا لم يقل له رب المال اعمل فيها برأيك لا يملك دفع المال مضاربة إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً فصار ضامناً كالمودَع إذا أودع غيره [5] .

المناقشة والترجيح :

أن حجة الفريق الثاني من المعقول ليست بمتجهة ، لأن المضارب يجوز له إيداع مال المضاربة عند غيره ، فإذا ما دفع مال المضاربة مضاربة أخرى فكأنه أودعها عند غيره ؛ ولأن فعله هذا يعد من باب مصلحة الشركة ، فتصرفه يعد مأذوناً فيه .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على المضارب ؛ لأن دفع مال المضاربة من العامل الأول إلى العامل الثاني يشبه الوديعة ، والمضارب يجوز له إيداع مال المضاربة .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود الإذن دلالة على مثل هذا التصرف .

المسألة الخامسة

إذا ضاع مال المضاربة ، وقال المضارب لرب المال : أخذته منك مضاربة فضاع ، فقال رب المال : أقرضتكه ، فلا ضمان على المضارب لتصادقهما أن القبض حصل بإذن المالك ، وأيضاً أن المضارب لم يعمل به ، وبذلك قال : الحنفية[6] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود الإذن صراحة بالقبض .

---

(١) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٩٥ .
(٢) المصدر نفسه ، ج٦ ، ص ٩٥ .
(٣) الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٥٢٦ .
(٤) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٩٥ .
(٥) المصدر نفسه ، ج٦ ، ص ٩٥ .
(٦) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٢ ، ص ٩٤ .

الفرع الثاني

الفعل الواجب المعتاد

إذا باشر المضارب فعلاً من الأفعال المعتادة ، فإن هذا الفعل يعد مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أنفق المضارب في سفره من مال المضاربة الصحيحة ، فلما وصل البلد الذي قصده لم يشتر شيئاً حتى رجع بالمال إلى بلده ، فأخذ رب المال ما بقي منه ، فلا يضمن المضارب ما أنفق ؛ لأنه أنفق بحق مستحق له فإن سفره كان لأجل المضاربة ، وبذلك قال : الحنفية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو مباشرة المضارب للفعل المعتاد .

المسألة الثانية

إذا مات رب المال والمضارب مسافر إلى بلدة أخرى ، والمضاربة متاع في يده ، فخرج بها إلى بلدة رب المال ، فهل يضمن المضارب أم لا ؟**اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه استحساناً ، ونفقته حتى يبلغ بلد رب المال على المضاربة ، وبذلك قال : الحنفية[2] ، والمالكية[3] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : إن سفر المضارب لا بد منه ليسلم المال إلى ورثة رب المال ، ليسلم له نصيبه من الربح ، ولا يتأتى له ذلك إلا بالعودة إلى بلده ، والعقد يبقى لأجل الحاجة إليه كما إذا مات صاحب السفينة وهي في عرض البحر [4] .

القول الثاني : يضمن المضارب قياساً ، ولا نفقة له في مال المضاربة، وبذلك قال : الحنفية[5] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن المضارب ينشئ سفراً بالمال وهو قد انعزل بموت رب المال ، ولا حاجة به إلى ذلك ؛ فإنه في موضع أمن ويتمكن من التصرف في المال [6] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٢ ، ص ٦٧ .
(٢)المصدر نفسه ، ج٢٢ ، ص ٦٩ .
(٣)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٥٢٦ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٢ ، ص ٦٩ .
(٥)المصدر نفسه ، ج٢٢ ، ص ٦٩ .
(٦)المصدر نفسه ، ج٢٢ ، ص ٦٩ .

المناقشة والترجيح :

الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على المضارب ؛ لأن سفره ضروري ليقوم بتسليم المال إلى الورثة ، وليأخذ نصيبه ، فالعقد يمتد بعد موت رب المال للحاجة .

فالمانع من الضمان هنا هو مباشرة المضارب للفعل المعتاد .

الفرع الثالث

تنفيذ الواجب الشرعي

إذا قام المضارب بتنفيذ الواجب عليه مما أدى به إلى أن يخرج من مـال المضـاربة ، فتنفيذ الواجب الشرعي يعد مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية:

إذا مر المضارب على العاشر[1] بمال المضاربة ، وأخبره به وأخذ منه العشر ، فـلا ضمان على المضارب ؛ لأن المضارب نفذ الأمر الشرعي ، وبذلك قال : الحنفية[2] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ المضارب للواجب الشرعي .

الفرع الرابع

عدم التعدي

يعد عدم التعدي والتفريط من جانب المضارب مانعاً من ترتب الضمان عليه فيمـا لـو أتلف شيئاً من مال المضاربة ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا تلف مال المضاربة في يد عامل القراض من غير تعدٍ أو تفريط فلا ضمان عليـه ؛ لأن يده يد أمانة ، وبذلك قال : الشافعية[3] ، والحنابلة[4] ، والظاهرية[5] ، والإمامية[6] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم تعدي المضارب .

المطلب الرابع

---

(1)**العاشر :**من نصبه الإمام على الحدود ليجبي ضريبة العشر . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص٣٠٠.
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٢ ، ص ٦٧ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٣٨٣ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ١٤٤ . البهوتي ، **كشاف القناع** ج٣ ، ص ٦١٢ .
(٥)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ٢٤٨ .
(٦)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢٦ ، ص ٣٧٨ .

موانع ضمان عقد القسمة

عقد القسمة[1] من عقود المعاوضات المالية ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتـلاف مـال ، وهذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هنالك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف مال القسمة ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد القسمة مـن خـلال الفرع الآتي :

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان في المال المقسوم بين الشركاء ، ويظهر ذلـك من خلال المسألة الآتية :

إذا اقتسم الشركاء منفعة حيوان بالمهايأة [2] بحيث ينتفع به كل واحد مدة معينة ، فمـات الحيوان في نوبة أحدهم فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : الحنابلة[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

([1])**القسمة :** عبارة عن فرز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض بـبعض . انظـر ، الكاسـاني ، **بـدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٧ .

([2])**المهايأة :** قسمة المنافع على التعاقب والتناوب . انظر ، الجرجاني ، علي بن محمد . **التعريفات** ، ط١ ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ ، ص ٢٣٤ .

المبحث الثاني

موانع الضمان في عقود التبرعات

في هذا المبحث سوف نستعرض موانع الضمان في عقود التبرعات(2) ، وذلك ضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : موانع ضمان عقد الهبة .

المطلب الثاني : موانع ضمان عقد القرض .

المطلب الثالث : موانع ضمان عقد الكفالة .

المطلب الرابع : موانع ضمان عقد الوصية .

المطلب الخامس : موانع ضمان عقد العارية .

المطلب الأول

موانع ضمان عقد الهبة

عقد الهبة(3) من عقود التبرعات ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال ، وهذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هناك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف مال الهبة ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد الهبة من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

انتفاء معنى الضمان أصلاً

إذا كان العقد مما لا يترتب عليه الضمان أصلاً فإن ذلك يعد مانعاً من ترتب الضمان على متلف الهبة ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً ، فقال : هذا عوض من هبتك أو ثواب من هبتك أو بدلها أو مكانها فهذا كله عوض ، فإن استحقت(4) الهبة كان للمعَوض أن يرجع في عوضه ؛ لأنه إنما عوضه ليتم سلامة الشيء الموهوب له بإسقاط حق الواهب في الرجوع ، وقد فات ذلك عليه باستحقاق الشيء الموهوب فيتمكن من الرجوع في العوض ، أو لأن المعَوض

---

(١)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٤٧٨ .

(٢)**عقد التبرع :** هو العقد الذي يتضمن العطاء بغير مقابل .انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ١٢٠ .

(٣)**الهبة:**تمليك العين بلا عوض .انظر،ابن نجيم ، **البحر الرائق** ،ج٧،ص٤٨٣.الجرجاني،**التعريفات**،ص٢٥١ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٤٢٦ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٢٤٦ .

(٤)**الاستحقاق :** رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض.انظر ، الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧، ص٣٤١.

كالواهب فإذا استحق الموهوب فلم يبق له بمقابلة هبته شئ فكان له أن يرجع بالهبة ، فإذا هلك العوض ، فهل يضمنه الواهب أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الواهب قيمة العوض الهالك ، وبذلك قال : أبو يوسف[1] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[2] :

١-أن المعَوضَ واهب وقبض الهبة ليس بقبض ضمان .

٢-أنه تبين أن المعَوضَ بمنزلة الواهب ابتداء فيكون حقه في الرجوع مقصورا على العين لحق الواهب ابتداء .

القول الثاني : يضمن الواهب قيمة العِوض الهالك ، وبذلك قال : جمهور الحنفية [3] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[4] :

١-أن المعَوضَ إنما رضى بالتعويض ليتم له به سلامة الهبة فإذا خرج الموهوب مستحقاً فقد تمكن الخلل في رضاه ، فيجعل كما لو قبضه الواهب بغير رضاه وهلك في يده فعليه ضمان القيمة .

٢-ولأن الواهب عادت له الهبة عندما خرجت مستحقة ، وللمغرور أن يدفع الغرر عن نفسه بالرجوع على الغار بما لحقه من الخسران .

٣-أن القبض في العوض ما وقع مجاناً وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الأول ؛ فإن لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً ، فكما يرجع بعينه لو بقي يرجع بقيمته إذا هلك[5] .

المناقشة والترجيح :

١-أن قبض الهبة ليس بقبض يستوجب الضمان .

٢-أن دفع العوض من قبل الموهوب له مقابل الهبة يعد هبة من جهته للواهب فإذا أراد الرجوع بالعوض وكان موجوداً رجع به ، أما إذا كان قد استهلكه أو أتلفه الشخص الآخر فلا ضمان عليه ؛ لأن عينه غير موجودة ، وحق دافع العوض يتعلق بعينه .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على متلف عوض الهبة .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو كون العقد مما لا يترتب عليه الضمان .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٢ ، ص ٧٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٣١ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٢ ، ص ٧٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٣١ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٢ ، ص ٧٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٣١ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٢ ، ص ٧٦-٧٧ .
(٥)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٣١ .

المسألة الثانية

إذا كانت الهبة فاسدة فلا يحصل الملك فيها بالقبض ، فإذا قبضها بالعقد الفاسد فهلكت ، فهل يضمن من قبضها أم لا ؟ **للشافعية قولان**(1) **:**

القول الأول : لا ضمان ، وهو الأصح المقطوع به عندهم .

القول الثاني : يجب الضمان .

الترجيح : الراجح في هذه الحالة هو القول الأول ، فلا ضمان في حالة تلف الموهوب بالعقد الفاسد . ولم أقف على أي أدلة لهذين القولين في حدود بحثي واطلاعي .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو كون العقد مما لا يترتب عليه الضمان .

المسألة الثالثة

لو وهب شخص الماء الصالح لطهارته لشخص غير محتاج إليه لعطش ونحوه ، **للشافعية وجهان**(٢) **:**

الوجه الأول : الأصح عدم صحة الهبة ؛ لأنه عاجز عن تسليمه شرعاً فهو كالعاجز حساً .

الوجه الثاني : تصح الهبة ؛ لأنه ملكه والمنع لا يرجع إلى معنى في العقد .

بناء على الوجه الأول الأصح : إذا قلنا لا يصح هبة هذا الماء واسترده الواهب فإن تلف في يد الموهوب له ، فهل عليه ضمان أم لا ؟ **اختلفت آراء الشافعية على قولين**(٣) **:**

القول الأول : لا ضمان عليه ؛ لأن الهبة ليست من عقود الضمان ، ومالا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده كذا قطع به إمام الحرمين(٤) وأصحاب البحر والعدة والبيان وغيرهم .

القول الثاني : إن أتلفه الموهوب له ضمنه ، وإن تلف عنده فوجهان ، وبذلك قال : القاضي حسين(٥) من الشافعية .

المناقشة والترجيح : الراجح والله تعالى أعلم هو القول الأول وهو أنه لا ضمان عليه ؛ لأن الهبة ليست من عقود الضمان . فالمانع من الضمان أن الهبة ليست من عقود الضمان .

---

(1)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٤٤٩ .

(2)النووي ، **المجموع** ، ج٢ ، ص ٣٠٨ .

(3)المصدر نفسه ، ج٢ ، ص ٣٠٩ .

(4)**إمام الحرمين :** شيخ الشافعية أبو المعالي عبد الملك ابن أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني ، صاحب التصانيف ، ولد سنة ٤١٩هـ ، كان إمام الأئمة على الإطلاق مجمعا على إمامته ، تفقه على والده ثم درس مكانه ، توفي سنة ٤٧٨هـ . انظر ، ابن قاضي شهبة ، **طبقات الشافعية** ، ج٢ ، ص ٢٥٥-٢٥٦ .

(5)**القاضي حسين :** بن محمد بن أحمد المروذي ، شيخ الشافعية بخراسان أبو علي، وهو من أصحاب الوجوه في المذهب ، تفقه على القفال ، وله التعليقة الكبرى والفتاوى ، كان من أوعية العلم ويلقب بحبر الأمة ، مات سنة ٤٦٢هـ . انظر ، الذهبي . **سير أعلام النبلاء** ، ج١٨ ، ص ٢٦٠- ٢٦٢ .

الفرع الثاني

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان في عقد الهبة ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا انفسخ عقد الهبة بالرجوع يعود الموهوب إلى ملك الواهب ، ويكون الموهوب أمانـة في يد الموهوب له ، فإذا هلك لم يضمنه الموهوب له ؛ لأن قبض الهبة قبض غير مضـمون ، فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضـمان ، فـلا يصـير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات ، وبذلك قال : الحنفية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا وهب شخص نصيبه في بيت مشاع[2] لشخص آخر جاز ذلك ؛ فإن أذن شريكه لـه في التصرف بأجرة فإن شقصه يكون في يد القابض أمانة كمأجور ، فلا ضمان فيه إن تلف بلا تعدٍ ولا تفريط ، وبذلك قال : الحنابلة[3] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

الفرع الثالث

قيام الملك

يعد تملك الشخص للشيء مانعاً من ترتب الضمان عليه في حال أتلـف مـا يملكـه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا كان الموهوب شاةً وامتنع الموهوب له من ردها إلى الواهب قبل قضـاء القاضـي فهلكت الشاة ، فلا ضمان على الموهوب له لقيام ملكه فيه ، وبذلك قال:الحنفية[4] ، والإمامية[5] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو أن الشيء المتلف مملوك لمتلفه .

الفرع الرابع

([1])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٣٤ .

([2])**المشاع:**الحصة المقدرة غير المعينة وغير المفرزة من شيء غير مقسوم.قلعجي،**معجم لغة الفقهاء**،ص٤٣٠.

([3])البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٣٦٩ .

([4])ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٥٠١ .

([5])النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢٨ ، ص ٢٠٩ .

وجود الإذن

يعد التسليط على شيء ما والإذن فيه مانعاً من ترتب الضمان على من أتلـف الشـيء الموهوب ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قام الواهب بهبة شيء لصبي وقام بتسليمه للصبي ووضعه بين يديه ، فقام الصـبي بإتلافه ، فلا ضمان على الصبي في هذه الحالة ؛ لأن الواهب سلطه عليها بإهدائها له ووضعها بين يديه ، وبذلك قال : الشافعية [1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن .

---

(1) الشرواني ، **حواشي الشرواني** ، ج٦ ، ص ٣٠٠ .

المطلب الثاني

موانع ضمان عقد القرض

عقد القرض[1] من عقود التبرعات ، وهو عقد تبرع في الابتداء وعقد معاوضة في الانتهاء بدليل أن الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه [٢] ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال المستقرض ، والإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هنالك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف مال القرض ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد القرض من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم الأهلية

تعد عدم الأهلية مانعاً من ترتب الضمان في حال إتلاف مال القرض ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أقرض الرجل صبياً [٣] محجوراً أو معتوهاً فاستهلكه الصبي[٤] ، فهل يضمن الصبي ذلك القرض المستهلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : أبو حنيفة ومحمد [5] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بما يأتي[6] : أن شرط الضمان على الصبي باطل .

القول الثاني : يضمن ما استهلكه ، وبذلك قال : أبو يوسف وهو الصحيح عند الحنفية[7] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[8] :

١-أن القرض للصبي بمنزلة الوديعة ، والوديعة مضمونة .

٢-أن المقرض سلط الصبي على الاستهلاك بشرط الضمان ، وتسليطه صحيح .

---

(١)**القرض:** هو تمليك الشيء على أن يرد بدله . انظر ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ١١٧ . **أو :** هو دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله . انظر ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٣٦٤ .

(٢) الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٨٣ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٦ ، ص ٢٠٢ .

(٣) اشترط الحنابلة في القرض أن يصادف ذمة فالدين لا يثبت إلا في الذمم ، فلا يصح القرض لمسجد ونحوه كمدرسة أو رباط لعدم وجود الذمة فيها . انظر ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٣٦٦ .

(٤)إذا بقيت عين القرض ولم يستهلكها الصبي فيحق للمالك استرداده ، وإن تلف بنفسه فلا ضمان على الصبي . انظر ، ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٥ ، ص ٢٩٠ .

(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٤ ، ص ٤١ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٥ ، ص ٢٩٠ .

(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٤ ، ص ٤١ .

(٧)المصدر نفسه، ج١٤ ، ص ٤١ . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٥ ، ص ٢٩٠ .

(٨)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٤ ، ص ٤١ .

المناقشة والترجيح :

أن قياس الفريق الثاني القرض على الوديعة بالنسبة إلى الصبي لا يصح ؛ لأن الصبي لا تـدفع له الوديعة ؛ لأنه لا يستطيع حفظ ماله فكيف يحفظ ما غيره ، وأما قـولهم أن المقـرض سـلط الصبي على الاستهلاك بشرط الضمان ، فهذا كلام غير متجه ، فالصبي لا يضـمن فـي هـذه الحالة ؛ لأن المقرض هو المقصر ، كما أن شرط الضمان على الصبي باطل .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول ؛ لأن الصبي غير مقصر في اسـتهلاك مـال القرض المدفوع إليه ، وإنما المقصر هو الرجل الذي دفع المال إلى من ليس مكلفاً .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم التكليف .

الفرع الثاني

عدم وجود قيمة مالية للمتْلَفِ

يعد عدم وجود قيمة مالية لمال القرض المتلف مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلـك من خلال المسألة الآتية :

إذا أقرض ذمي[1] ذمياً خمراً ثم أسلما أو أحدهما ، بطل القـرض ولـم يجـب علـى المقترض شيء لعدم ماليتها ، فإذا أتلفها فلا يضمنها ؛ لأنها لا قيمة لها ، وبذلك قال:الحنابلة[2] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم وجود قيمة مالية للشيء المتلف .

---

(١)**الذمي :** هو المعاهد الذي أعطي عهداً يأمن به على ماله وعرضه ودينه . انظـر ، سـعدي أبـو حبيـب ، **القاموس الفقهي** ، ص ١٣٨ .

(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٣٦٦ .

المطلب الثالث

موانع ضمان عقد الكفالة

عقد الكفالة(1) من عقود التبرعات،وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال ، وهذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هناك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتـلاف مال الكفالة ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد الكفالة من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

فوات محل الكفالة بالموت

إذا فات محل الكفالة بالموت ؛ فإن ذلك يعد مانعاً من ترتب الضمان على الكفيل ، ويظهر ذلـك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا كفل شخص بدن شخص آخر وتعهد بإحضاره في الوقـت المتفـق عليـه ، فمـات المكفول ، فلا ضمان على الكفيل وتبرأ ذمته ؛ لأن محل التسليم فات بموته ولا يتـأتى التسـليم بدون المحل ، وبذلك قال : الحنفية(2) .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة فوات محل الكفالة بالموت .

المسألة الثانية

إذا ضمن الرجل دين الميت بعدما يعرفه ويعرف لمن هو ثم تبين أن الميت لم يترك مالاً يفي بهذا الدين ، فهل يضمن الكفيل ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يلزم الكفيل الضمان ، لأن دين الميت قد هلك ، وبذلك قال : أبـو حنيفـة(3) .

القول الثاني : يلزم الكفيل الضمان ، وبذلك قال : الشافعية ، وابن أبي ليلى(4) .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الكفيل ؛ لأن مـوت المكفـول فوت محل الكفالة .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة فوات محل الكفالة بالموت .

---

(١)**الكفالة :** ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٩ ، ص ١٦٠ . الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١٨٥ .

(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٩ ، ص ١٦٣ .

(٣)الحصكفي ، **الدر المختار** ، ج٥ ، ص ٢٨٥ .

(٤)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٧ ، ص ١٢٥ .

الفرع الثاني

عدم الاستحقاق

يعد عدم الاستحقاق مانعاً من ترتب الضمان في الكفالة ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا ضمن رجل لرجل عهدة[1] سلعة من السلع ، فخرج بعضها مستحقاً بطل البيع فيما خرج مستحقاً ، فإن اختار المشتري فسخ البيع فيه ، فهل للمشتري أن يرجع بثمن ذلك القدر على الضامن ؟ **للشافعية قولان**[2] **:**

القول الأول : لا يرجع عليه ؛ لأنه لم يضمن إلا ثمن ما استحق ، وهذا ثمن ما لم يستحق .

القول الثاني : يرجع عليه بالضمان ؛ لأنه ثبت له بسبب الاستحقاق .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه إلا بثمن المستحق ؛ لأنه لا يجوز تضمينه ثمن شيء لم يستَحَقْ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم الاستحقاق .

المسألة الثانية

إذا كفل شخص عهدة المبيع فبان أن البيع كان باطلاً بغير الاستحقاق ، فهل للمشتري أن يضمن الكفيل ويرجع عليه بالثمن أم لا ؟ **للشافعية قولان**[3] **:**

القول الأول : لا يضمن الكفيل ، فلا يرجع عليه به ؛ لأنه يمكنه أن يمسك العين المبيعة إلى أن يسترجع ما دفع من الثمن ، فلم يرجع به على الكفيل .

القول الثاني : يضمن الكفيل ، فيرجع المشتري عليه بالثمن ؛ لأنه رجع إليه الثمن لمعنى قارن عقد البيع ، فصار كما لو استحق .

المناقشة والترجيح :الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الكفيل ؛ لأن المشتري يستطيع إمساك العين المبيعة حتى يستعيد ما دفعه من الثمن .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم الاستحقاق .

---

(١)**العهدة:**هي ضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع أو وجد فيه عيب .الجرجاني ، **التعريفات** ،ص ١٦١ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٣٩ .
(٣)المصدر نفسه ، ج١٤ ، ص ٤٠ .

الفرع الثالث

عدم الأهلية

يعد فقد الأهلية مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا ضمن ديناً لشخص وكان الكفيل صبياً أو مجنوناً ، فلا ضمان عليهما ، لخروجهما عن عهدة التكليف ، وبذلك قال : الشافعية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو الخروج عن عهدة التكليف .

الفرع الرابع

عدم صحة الكفالة

إن عدم صحة الكفالة يعد مانعاً من ترتب الضمان ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا اشترى شخص دابة أو سيارة غائبة من شخص ، وأخذ منه كفيلاً بها ، فماتت الدابة أو عطبت السيارة فلا ضمان على البائع في هذه الحالة ؛ لأنه لا تصح الكفالة في مثل هذه الحالة ؛ لأنه إنما اشترى منه غائباً بعينه ، وبذلك قال : المالكية[2] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة عدم صحة الكفالة .

الفرع الخامس

التغرير القولي

يعد التغرير القولي مانعاً من ترتب الضمان ، فمن غر غيره بالقول فلا ضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قال شخص لشخص آخر عامل فلاناً فهو ثقة ، فبان غير ثقة ، فهل يضمن الكفيل القائل بأنه ثقة أم لا ؟ **اختلفت آراء المالكية على قولين**[3] **:**

القول الأول : لا ضمان على الكفيل وهو المشهور؛ لأنه تغرير بالقول لا يترتب عليه الضمان .

القول الثاني : يضمن الكفيل ذلك التغرير .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول فلا ضمان عليه ؛ لأن التغرير القولي لا يترتب عليه الضمان.

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو التغرير القولي .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٥٩ .

(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ، ص ٢٧٠ .

(٣)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٣٦ .

الفرع السادس

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان على متلف مال الكفالة ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قبض الكفيل الطعام من الغريم بعد الأجل ليوصله إلى صاحبه ، فتلف الطعام عنـد الكفيل ، فهل يضمن الكفيل ذلك التالف أم لا ؟ **للمالكية قولان**[1] **:**

القول الأول : إن أقبضه الغريم الطعام بمعنى الرسالة لم يضمن ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط .

القول الثاني : إن أخذه الكفيل على سبيل الاقتضاء ضمنه ؛ لأن الكفيل تعدى في هذه الحالة .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الكفيل ؛ لأنه لم يتعد في ذلك .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

الفرع السابع

الجهالة الفاحشة

تعد جهالة الكفيل الفاحشة بالمكفول عنه مانعة من ترتب الضمان على الكفيل ، ويظهـر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قال شخص لشخص آخر إذا غصبك أي إنسان شيئاً فأنا ضامن له ، فغصبه إنسـان شيئاً ، فلا ضمان عليه ؛ لأن المكفول عنه مجهول جهالة فاحشة ، وهذه الجهالة تمنـع انعقـاد الكفالة ، وبذلك قال : الحنفية[2] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة وجود الجهالة الفاحشة .

الفرع الثامن

انتفاء معنى الضمان أصلاً

يعد انتفاء معنى الضمان مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا استعار الراهن المرهون من المرتهن وأعطاه كفيلاً به ، فهلك عند الراهن ، فيخرج المرهون من الرهن ؛ لأن ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ، ولم يبق بعدما استعاره الراهن ، ولم يلزم الكفيل شيء ؛ لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بهذا القبض،وبذلك قال:الحنفية[3].

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجوب الضمان أصلاً .

---

(١)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٤٩ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٣٣٩ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٠ ، ص ١٠٣ .
(٣)المصدر نفسه ، ج٢٠ ، ص ١٢٤ .

المطلب الرابع

موانع ضمان عقد الوصية

عقد الوصية[1] من عقود التبرعات ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتـلاف للمـال ، وهـذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هنالك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف مال الوصية ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد الوصية من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

المولى عليه إذا أُوصيَ له بشيء فدفع الموصي ذلك إليه مباشرة ولم يدفعه إلى وليه فلا ضمان على الموصي ، وبذلك قال : المالكية[2] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا أوصى لشخص بما في بطن شاة ، فذبحها الورثة قبل أن تلد ، فـلا ضـمان علـى الورثة ، وبذلك قال : الحنفية[3] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي[4] :

١-قال أبو حنيفة : لأن ذكاة الأم لا تكون ذكاة للجنين ، فلم يوجد من الورثة صنع في الجنين .

٢-قال الصاحبان : أن ذكاة الأم ذكاة للجنين إذا انفصل ميتاً ، وإذا انفصل ميتاً فلا حق للموصى له ، لعدم التعدي من قبل الورثة .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)**الوصية :** تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع . انظر ، السمرقندي ، **تحفة الفقهاء** ، ج٣ ، ص ٢٠٥ . الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٢٤٧ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٥١٣ . الشربيني ، **مغنـي المحتاج** ، ج٣ ، ص ٣٩ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٤١٤ .

(٢)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٥١٥ .

(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢١ ، ص ٦ .

(٤)المصدر نفسه، ج٢١ ، ص ٦ .

المسألة الثالثة

إذا قال شخص أوصيت بشاة من غنمي هذه لفلان فولدت الشاة بعد موت الموصي ولداً ، فاستهلكه الورثة قبل إعطاء الشاة للموصى له ، فلا ضمان علـيهم ؛ لعـدم التعـدي ؛ ولأن الموصي أوصى له بشاة ولم ينص على الولد ، وبذلك قال : الحنفية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا هلك الموصى به في يد الموصي أو في يد ورثته بلا تعد منهم فلا ضمان علـيهم ، وبذلك قال : الحنفية[2] ، والإمامية[3] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

الفرع الثاني

وجود الإذن

يعد وجود الإذن بالتصرف مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية:

إذا أقر شخص بأن الموصي أوصى بالمال لفلان ، ودفع المال إليه بقضاء القاضي ، ثم قال لا بل أوصى به لفلان فلا ضمان عليه للثاني ، وبذلك قال : الحنفية[4] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي[5] :

١-أن المقرَ لم يستهلك شيئاً من المال .

٢-أن الدفع كان بقضاء القاضي ، ومحل الوصية تعين فيما قضى به القاضي للأول ، فيكون هو شاهداً للثاني على الأول ، والشاهد إذا ردت شهادته لم يغرم شيئاً .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن .

---

(١)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٢١٧ .
(٢)علاء الدين ، محمد . **تكملة حاشية رد المحتار** ، ٢م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ ، ج١ ، ص ٢٤٧ .
(٣)الحلي ، **قواعد الأحكام** ، ج٢ ، ص ٥٦٥ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٨ ، ص ٣٧ .
(٥)المصدر نفسه ، ج٢٨ ، ص ٣٧ .

المطلب الخامس

موانع ضمان عقد العارية

عقد العارية[1] من عقود التبرعات ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال،وهذا الإتلاف قد يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة وقد لا يترتب [2] فهنالك موانع تمنع من الضمان في حـال إتلاف مال العارية، لذلك سوف نتعرف على هذه الموانع من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

انتفاء معنى الضمان أصلاً

يعد عدم وجوب الضمان أصلاً مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

([1])**العارية :** تمليك المنفعة بلا بدل .السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٣ . الجرجاني ، **التعريفـات** ،ص ١٤٩.**أو:**إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٦٣ .

([2])**اختلفت آراء الفقهاء في حكم ضمان العارية على المستعير إلى ثلاثة أقوال :**

القول الأول : العارية مضمونة مطلقاً ، فإذا تلفت في يد المستعير ضمنها ، إلا إذا تلفت على الوجه المأذون فيه فلا تضمن ، وبذلك قال : الشافعية ، والحنابلة ، وابن عباس وعطاء . انظر ، الشافعي، **الأم** ،ج٣ ، ص ٢٥٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٨٧ . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٦٧ . الـدوري ، قحطـان ، **صفوة الأحكام** ، ط٢ ، ١م ، دار الفرقان ، عمان ، ١٤٢٤هـ ، ص ١٩٢ .

وحجتهم :

١-قوله عليه السلام (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) رواه الترمذي واللفظ له ، **سنن الترمذي** ، باب"٣٩" مـا جاء في أن العارية مؤداة ، حديث رقم "١٢٨٤" ، ج٢ ، ص ٣٦٨ . **قال الترمذي :** هذا حديث حسن صـحيح . ورواه ابن ماجة ، **سنن ابن ماجة** ، باب العارية ، حديث رقم "٢٤٠٠" ، ج٢ ، ص ٨٠٢ . ورواه الـدارمي ، الدارمي ، عبد ا بن بهرام . **سنن الدارمي** ، ٢م ، مطبعة الاعتدال ، دمشق ، باب في العارية مـؤداه ، ج٢ ، ص ٢٦٤ . ورواه الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، ج٢ ، ص ٤٧ . **قال الحاكم :** هـذا حـديث صـحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه . العجلوني ، إسماعيل بن محمد . **كشف الخفاء ومزيل الإلباس** ، ط٢ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٨هـ ، حديث رقم "١٧٦٨" ، ج٢ ، ص ٦٩ .

يرد عليه : قال الصنعاني : بأنه لا دلالة فيه صريحاً ، فإن اليد الأمينة أيضاً عليها ما أخذت حتى تؤدي .

٢- قال ﷺ لصفوان بن أمية عندما استعار منه أدراعاً يوم حنين ، بعدما قال : أغصب يا محمد ، فقـال : ﴿ **لا بل عارية مضمونة** ﴾ رواه أبو داود واللفظ له ، **سنن أبي داود** ، حديث رقم "٣٥٦٢" ، ج٢ ، ص ١٥٥-١٥٦ . ورواه الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، ج٢ ، ص ٤٧ . **وقال الحاكم :** هذا حديث صحيح على شـرط مسلم ولم يخرجاه .

القول الثاني : العارية لا يجب ضمانها إلا إذا شرط الضمان ، وبذلك قـال : الهـادي والعتـرة والعنبـري . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٦٧ . قحطان الدوي ، **صفوة الأحكام** ، ص ١٩٢ .

وحجتهم : حديث صفوان المتقدم .

القول الثالث : لا تضمن العارية وإن شرط الضمان ، وبذلك قـال : الحنفيـة ، وشـريح والحسـن البصـري والأوزاعي . انظر ، الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦،ص٢١٧ . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٦٧ .

وحجتهم : قالﷺ ﴿ ليس على المستعير غير المغل ضمان،ولا على المستودع غير المغـل ضـمان ﴾ . تقـدم تخريجه ، ص (١٩) .

المسألة الأولى

إذا استعار شخص دابةً من شخص وكان معها ولدها ، فهل يضمن المستعير ولدها أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن المستعير ولد الدابة المستعارة ، وبذلك قال : الشـافعية فـي قـول[1] ، والحنابلة في رواية الأصح [٢] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١- لأن الولد لم يدخل في الإعارة فلم يدخل في الضمان[3] .

٢- أن المستعير لا فائدة له في ولد العارية ، فأشبه الوديعة[٤] .

القول الثاني : يضمن المستعير ولد الدابة المستعارة ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[5] ، والحنابلة في رواية[٦] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن الأم مضمونة فضـمن ولـدها قياساً على الدابة المغصوبة فإن ولدها مضمون معها[7] .

يجاب عن ذلك : أن ولد الدابة المستعارة يخالف ولد المغصوبة ؛ لأن ولد المغصوبة يدخل فـي الغصب فدخل في الضمان[8] .

المناقشة والترجيح :

أن القياس على ولد الدابة المغصوبة من قبل الفريق الثاني هو قيـاس مـع الفـارق ، فالغصب يؤخذ بالقوة أما العارية فتعطى بالاختيار والرضى ، فلا وجه للقياس .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على المستعير في ولد الدابة ، وذلك لأن المستعير لا يستفيد شيئاً من ولد الدابة التي استعارها ، فالعارية من عقود الأمانات بخلاف الغصب فإنـه من عقود الضمان.

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انعدام معنى الضمان أصلاً .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٤ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٦٧ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٥٨ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٨٩ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٥٧ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٥٨ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٨٩ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٤ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٥٨ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٥٨ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٤ .

المسألة الثانية

إذا استعار شخص دابةً فولدت هذه الدابة ولداً عند المستعير ، فهل يجب ضمانه أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : الشافعية في قول[١] ، والحنابلة[٢] .

حجة أصحاب القول الأول :استدلوا من المعقول بما يأتي[٣] :

١-أن معنى الضمان موجود في الأم ومعدوم في الولد .

٢-لأن ولد العارية لا يكون مستعاراً ، بخلاف ولد المغصوبة فإنه يكون مغصوباً .

القول الثاني : يجب عليه ضمان الولد ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[٤] .

حجة أصحاب القول الثاني :استدلوا من المعقول بما يأتي[5] : لأن ولد المضمون مضمون قياساً على ولد المغصوبة .

المناقشة والترجيح :

أن القياس على ولد المغصوبة هو قياس مع الفارق ؛ لأن الغصب من عقود الضمان ، بخلاف العارية فإنها من عقود الأمانات .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول فلا ضمان على المستعير في ولد الدابة الذي ولدته عند المستعير ، وذلك لأن ولد العارية لا يكون مستعاراً .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انعدام معنى الضمان أصلاً .

الفرع الثاني

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان في العارية ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا استعار سيارة من شخص فتلفت عينها ، فهل يضمن المستعير أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على الأقوال الآتية :**

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٧ .
(٢)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٨٩ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٧ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٨٩ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٧ .
(5)المصدر نفسه، ج١٤ ، ص ٢٠٧ .

القول الأول : لا يضمن المستعير إلا بالتعدي ، وبـذلك قـال : الحنفيـة [1] ، والظاهريـة[٢] ، والحسن البصري[3] والنخعي[4] والأوزاعي[5] والثوري[6] ، والإمامية[٧] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بالسنة النبوية والمعقول :

أولاً: الأدلة من السنة النبوية الشريفة :

١-قالﷺ ﴿ **ليس على المستعير غير المغل[٨] ضمان،ولا على المستودع غير المغل ضـمان**﴾ [٩].

٢-قوله ﷺ ﴿ **إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعاً** ﴾ فقلت يا رسول ا : أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال : ﴿ **بل مؤداة** ﴾ [١٠] .

وجه الدلالة من الحديثين : أنه نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة [١١] .

يجاب عن الحديث الأول : الجواب من وجهين[١٢] :

أحدهما : أنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال .

والثاني : أن المغل في هذا الموضع ليس بمعنى المأخوذ من الخيانة والغلول ، وإنما هو بمعنى استغلال الغلة ، فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أي غير القابض ؛ لأنه بـالقبض يصير مستغلا وهذا صحيح .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٤٧٨ .
(٢)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ، ص ١٦٩ .
(٣)**الحسن البصري** : هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمرﷺ ، من فقهاء وعلماء التابعين ، كانت أمه خادمة لأم سلمة زوج رسول ا ﷺ ، توفي بالبصرة وهو ابن ٨٨ سـنة وذلك سنة ١١٠هـ .الشيرازي، **طبقات الفقهاء**،ص٩٢-٩٣.الذهبي،**سير أعلام النبلاء**،ج٤ ، ص ٥٦٣-٥٦٤ .
(٤)**النخعي** :هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود النخعي ، من مذحج ، من كبار التابعين ، كان مفتي الكوفة ، وفقيهاً حافظاً ، توفي سنة ٩٦هـ . ابن العماد ، **شذرات الذهب** ، ج١ ، ص ١١١. الزركلي ، **الأعلام** ،ج١،ص٨٠ .
(٥)**الأوزاعي :** هو عبد الرحمن بن عمر بن محمد ، كان تقياً صدوقاً فقيهاً ، أفتى في ثمانين ألف مسألة في الفقه ، توفي في بيروت سنة ١٥٧هـ . ابن العماد ، **شذرات الذهب**،ج١ ، ص ٢٤١.ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي . **تهذيب التهذيب**،ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م،ج٦،ص٢١٥-٢١٨ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٥ .
(٧)العلامة الحلي . **مختلف الشيعة** ، ط١ ، ٩م ، (تحقيق لجنة التحقيق) ، مؤسسة النشـر الإسـلامي ، قـم ، ١٤١٥هـ ، ج٦ ، ص ٧١ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢٧ ، ص ١٦٢ .
(٨)**غير المغل :** من لا خيانة عنده . انظر ، الزمخشري . **الفـائق فـي غريـب الحـديث** ، ج٢ ، ص ٤٤١ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٥ .
(٩) سبق تخريجه ، ص (١٩) .
(١٠)رواه أبو داود واللفظ له ، **سنن أبي داود** ، حديث رقم "٣٥٦٦ " ، ج٢ ، ١٥٦ . ورواه ابن حبان ، **صحيح ابن حبان** ، حديث رقم " ٤٧٢٠ " ، ج١١ ، ص ٢٢ . **قال الزيلعي :** قال عبد الحق في أحكامه : حديث يعلـى بن أمية أصح من حديث صفوان بن أمية . انظر ، الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٥ ، ص ٢٤٧ .
(١١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٥ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٥ .
(١٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٦ .

وأما الجواب عن الحديث الثاني : فهو أن معناه عارية مضمونه بالبدل ، أو مؤداة العين استعلاما لحكمها ، هل تؤخذ على طريق البدل والمعاوضة ، أو على طريق الرد والأداء ، فأخبر أنها مؤداة العين ، لا يملكها الآخذ بالبدل ، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس لم يضمنه المستعير ، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه ، والعارية إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها ، ولو تلفت الثياب بغير اللبس المأذون فيه كأن شد فيها متاعا أو حل فيها ترابا ضمن [١] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[٢] :

١-أنه مستعار تالف بغير تفريط فوجب أن لا يضمنه المستعير قياساً على تالف الأجزاء .

٢-لأن ما لم تكن أجزاؤه مضمونة لم تكن جملته مضمونة كالودائع .

٣-أن المستعير قبض العين للانتفاع بها بإذن صحيح فلا يكون مضموناً عليه كالمستأجر[٣] .

٤-أن العقد على المنفعة إذا كان بعوض وهو عقد الإجارة لا يوجب ضمان العين ، فالمتعري عن العوض وهو عقد العارية لا يوجب الضمان[٤] .

القول الثاني : إن المستعير ضامن لها ، سواء تلفت بفعل آدمي ، أو بجائحة سماوية ، وبذلك قال : الشافعي[5] ، والحنابلة [6] ، وأبو هريرة وابن عباس وعائشة وعطاء[7] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من السنة النبوية بما يأتي :

١-قوله ﷺ ﴿ **على اليد ما أخذت حتى تؤدي** ﴾[٨] .

٢-قوله ﷺ لصفوان بن أمية عندما استعار منه أدراعاً يوم حنين ، بعدما قال : أغصب يا محمد ، فقال : ﴿ **لا بل عارية مضمونة** ﴾[٩] .

وجه الدلالة من الحديثين : أن هذا تضمين [١٠] .

فإن قيل : هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي تضمن بالرد، وليست مضمونة العين[١١] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٦ .
(٢)المصدر نفسه ، ج١٤ ، ص ٢٠٥-٢٠٦ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٥ .
(٤)المصدر نفسه، ج١١ ، ص ١٣٥ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٥ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج5 ، ص ٣٥٧ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٥ .
(٨) سبق تخريجه ، ص (١٢٣) .
(٩) سبق تخريجه ، ص (١٢٣) .
(١٠)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٦ .
(١١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٣ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٦ .

قلنا : إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، لذلك امتنع أن يطلق على الأمانـات المـؤداة اسـم الضمان [١] .

القول الثالث : إن كان مما يخفى هلاكه ضمن ، وإلا فلا يضمن ، وبذلك قال : المالكية[٢] .

القول الرابع : إن شرط ضمانها لزم الضمان ، وإن لم يشترط لم يلزم ، وبذلك قال : العنبري[٣] ، وقتادة[٤] .

المناقشة والترجيح :

١-أنه لا ضمان على المستعير عند عدم التعدي .

٢-أن المستعير قبض العارية بإذن صاحبها فلا يضمن إلا بالتعدي .

٣-أن العقد على منفعة الإجارة وهو بمقابل العوض لا يستلزم الضمان عنـد عـدم التعـدي ، فالعارية التي هي في الأصل بلا عوض لا توجب الضمان إلا بالتعدي .

٤-أن يد المستعير يد أمانة وهي لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط .

الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من أتلف السيارة ونحوها بلا تعد منه فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا استعار ثوباً ولم يسم من يلبسه فأعطاه لغيره ليلبسه فلبسه ، فهل يضمن المستعير في هذه الحالة أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : الحنفية[٥] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-لأنه يملكه على ما ملكه فجاز كما جاز للمستأجر أن يؤجر[٦] .

٢-لأن صاحب الثوب رضي باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقاً ، فسواء لبسـه المسـتعير أو غيره لم يكن مخالفاً لما نص عليه المعير[٧] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٦ .
(٢)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٢٩٩ .
(٣)**العنبري :** هو عبيد ا بن الحسن العنبري ، كان فقيه البصرة وقاضيها ، وهو من خيرة ساداتها ، توفي سنة ١٦٩هـ . ابن حجر ، **تهذيب التهذيب** ، ج٧ ، ص ٧-٨ . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ٨٦ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٥ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٤٠ .ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٤٧٩ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٩ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٤٠ .

يجاب عن ذلك : أن الإعارة تختلف عن الإجارة ، ففي الإجارة ملك الانتفاع على كـل وجـه ، فيملك أن يملكها ، وفي الإعارة لم يملكها إنما ملك استيفاءها على الوجه المأذون له فيه[١] .

القول الثاني : عليه الضمان في هذه الحالة ، وبذلك قال : الشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[٤] :

١-أن المستعير لم يملك المنافع ، فلا يصح له أن يملكها غيره .

٢-أن المستعير لا يملك العين،وليس له استعمال المعار إلا فيما أذن فيه وليس له إعارته لغيره .

المناقشة والترجيح :

الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على المستعير ؛ لأن مالك الثـوب رضي باستيفاء منفعة الثوب مطلقاً ، فإذا لبسه المستعير أو غيره لم يخالف شرط المعير.

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

إذا استعار سيارةً وأركبها لوكيله في شغل له فتلفت السيارة في يده بلا تفـريط ، فـلا ضمان عليه ، وبذلك قال : المالكية[٥] ، والشافعية[٦] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا استعار طالب العلم كتاباً موقوفاً على المسلمين ، وتلف في يده بلا تعد منه ولا تفريط ، فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : الشافعية[٧] ، والحنابلة[٨] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن وجه عدم ضمانها لكون قبضها ليس على وجه يختص المستعير بنفعه ؛ لأن تعلم العلم وتعليمه من المصالح العامة ، أو لكون الملك فيـه ليس لمعين ، أو لكونه من جملة المستحقين له[٩] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٩ .
(٢)المصدر نفسه ، ج١٤ ، ص ٢٠٩ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٦١ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢٠٩ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٦١ .
(٥)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ،ص ٧٩ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٣٠٥ .
(٦)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٧٩ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٦٨ .
(٧)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٦٧ .
(٨)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٨٨ .
(٩)المصدر نفسه ، ج٤ ، ص ٨٨ .

الفرع الثالث

وجود الإذن

يعد وجود الإذن من المعير للمستعير مانعاً من ترتب الضمان على المستعير ، ويظهـر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا استعار شيئاً من شخص فأذن المعير للمستعير أن يقوم بإجارة أو رهـن أو إعـارة الشيء المستعار ، فلا ضمان على المستعير الأول ؛ لأن المالك أذن له في هذه التصرفات فجاز ما أذن فيه ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والحنابلة[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من المالك .

المسألة الثانية

إذا استعار شخص ثوباً أو دابةً وتلف بالاستعمال المأذون فيه ، بأن انمحق الثوب باللبس ، أو تلفت الدابة بالركوب المعتاد ، فهل يجب ضمانه أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يجب ضمانه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء مـن الحنفيـة[٣] ، والمالكيـة[٤] ، والشافعية في الأصح[٥] ، والحنابلة[٦] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن المستعير قبضها بإذن صحيح فلم يضمن[٧] .

القول الثاني : يجب الضمان ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٨] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو قول الجمهور ، فلا ضمان عليه ؛ لأنـه أتلـف الثـوب فـي الاستعمال المأذون فيه ، وأن القبض كان صحيحاً. ولم أقف على أدلة للقول الثاني .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من المالك .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ٢١٩ .
(٢)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٨٩ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٧ .
(٤)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٦٤ .
(٥)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٧٧ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٦٧ .
(٦)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص٨٨ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٣٧ .
(٨)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٧٧ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٦٦ .

المسألة الثالثة

لو استعار فاقد الماء دلواً أو نحوه من آلات استخراج الماء ، ليستخرج الماء للطهارة ، فهل يجب عليه قبول ذلك ؟ **يوجد قولان عند الشافعية**[١] **:**

القول الأول : الأصح يجب عليه القبول إذا لم يمكنه تحصيلها بشراء ونحـوه ؛ لأن المسـامحة بذلك غالبة فلا تعظم فيه المنة . فإذا خالف وصلى متيمما أثم ولزمته الإعـادة ، إلا أن يتعـذر الوصول إليه بتلف أو غيره حالة تيممه فلا تلزمه الإعادة .

القول الثاني : لا يجب قبول العارية إذا زادت قيمة المستعار على ثمن الماء ؛ لأنه قد يتلـف ، أي في غير المأذون فيه ، فيضمن زيادة على ثمن الماء **.**

فإذا تلف المستعار في التصرف المأذون فيه فلا ضمان على المتلف .

فالمانع من الضمان وجود الإذن من المالك في التصرف .

الفرع الرابع

عدم الملك

يعد عدم ملك الشخص للشيء الذي أعاره للغير مانعاً من ترتب الضمان على المستعير في حال إتلافه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا استعار شخص متحلل من الإحرام صيداً من محرم فتلف في يده ، فلا ضمان علـى المستعير ؛ لأن المحرم غير مالك للصيد ، وعلى المحرم الجزاء تعالى ؛ لأنه متعد بالإعارة إذ يلزمه إرساله ، وبذلك قال : الشافعية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم ملكية الشيء المستعار .

([1])الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج١ ، ص ٩١ .
([2])المصدر نفسه ، ج٢ ، ص ٢٦٦ .

المبحث الثالث

موانع ضمان عقود الأمانات

سوف نستعرض في هذا المبحث موانع الضمان في عقود الأمانات [1] ، وذلك ضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : موانع ضمان عقد الوصاية .

المطلب الثاني : موانع ضمان عقد الوكالة .

المطلب الثالث : موانع ضمان عقد الوديعة .

المطلب الرابع : موانع ضمان عقد اللقطة واللقيط .

المطلب الخامس : موانع ضمان عقد الرهن .

المطلب الأول

موانع ضمان عقد الوصاية

عقد الوصاية[2] من عقود الأمانات ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال ، وهذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هنالك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف المال في عقد الوصاية ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد الوصاية من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

وجود الإذن

يعد وجود الإذن مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه ، وكان الموصي قد شرط أن من عاقه عائق منهما فالباقي منهما منفرد في التصرف فَفِعلُ أحدهما جائز وقت مغيب الآخر من غير وكالة،وفي هذه الحالة لا ضمان على المتصرف فيما فعل حينها ، وبذلك قال :المالكية[3] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من الموصي .

([1])**عقود الأمانة :** وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه . فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف إلا إذا تعدى أو قصر في حفظه .الزرقاء،**المدخل الفقهي** ،ج١،ص٥٨٠ .

([2])**الوصاية :** عقد يوجب به الإنسان في حياته نيابة عنه بعد وفاته لشخص آخر في تنفيذ وصية المتوفى وإدارة حقوق أولاده القاصرين .انظر ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٣ ، ص ٣٩ . الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ج١ ، ص ٥٦٥ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٥٠٣ .

([3])الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٥٦٨ .

المسألة الثانية

إذا قضى الوصي ديناً على الميت لشخص بإذن القاضي ، ثم تبين بعد ذلك وجود غريم آخر ، فلا ضمان على الوصي ؛ لأن دفعه بأمر القاضي كدفع القاضي ،وبذلك قال: الحنفية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من القاضي .

المسألة الثالثة

إذا أوصى شخص بأن يحج عنه بعد موته ، فقام الوصي بدفع المال إلى من يحج عنه فتلف المال في الطريق ، فلا ضمان على النائب ؛ لأنه مؤتمن بالإذن في إثبات يده ، كما لا يضمن ما أنفقه لوجود الإذن،وبذلك قال:الحنابلة[٢]. فالمانع من الضمان وجود الإذن من الوصي.

الفرع الثاني

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

لو تسلف الوصي على الأيتام حتى يباع مالهم فتلف المال ، وبين الوصي لمن استلف منه أنه إنما يستلف للأيتام ، فلا ضمان على الوصي ، وبذلك قال : المالكية[3] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

يحق للوصي أن يتجر بمال اليتيم أو يقارض به ، ويكره أن يعمل هو به مضاربة ، فإن عمل به بقراض مثله جاز ولم يكن عليه ضمان إن تلف ، وبذلك قال : المالكية[4] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

من كان بيده مال لطفل صغير ، ولم يعين وصياً على هذا الصغير فتلف المال من غير تحريك ببيع ونحوه ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط ، وبذلك قال : المالكية[5] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٨ ، ص ٣١ .
(٢)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٣٩ .
(٣)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٥٧٤ .
(٤)المصدر نفسه ، ج٨ ، ص ٥٧٣ .الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٤٥٥ .
(٥)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٥٧٤ .

الفرع الثالث

عدم العلم

يعد عدم العلم مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا صرف الوصي أو الحاكم مال الوصية ، ثم ظهر دين يستغرق التركة ، فلا ضمان على الوصي ولا على الحاكم ؛ لأنه معذور بعدم العلم ، وبذلك قال : الحنابلة[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم العلم .

الفرع الرابع

الاجتهاد

يعد الاجتهاد من الوصي مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قال الوصي أن محجوره السفيه قد أصبح راشداً فيقبل قوله ولو بغير بينة ، لكن إن قامت بينة باتصال سفهه فيرد فعله إلى الحجر لكن إلى وصي آخر ويعزل الأول ، لكنه لا يضمن ؛ لأنه فعل ذلك اجتهاداً ، وبذلك قال : المالكية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الاجتهاد من الوصي .

الفرع الخامس

القيام بفعل الواجب

يعد القيام بفعل الواجب مانعاً من ترتب الضمان ،ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا قضى الوصي ديناً على الميت بشهود ، فلا ضمان عليه ، وإن كان القضاء بغير إذن القاضي ، وبذلك قال : الحنفية[3] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي[4] :

١-أن الوصي قائم مقام الموصي في حوائجه ، وتفريغ الذمة بقضاء الدين من حوائجه .

٢-أن صاحب الدين يحق له أن يأخذ دينه إذا ظفر بجنس حقه من التركة فللوصي أن يعطيه ذلك أيضاً .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو القيام بفعل الواجب .

---

(١)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٨٦ .
(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٤٥٦ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٨ ، ص ٣٠ .
(٤)المصدر نفسه ، ج٢٨ ، ص ٣٠-٣١ .

المسألة الثانية

إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع ، فلا ضمان عليه ؛ لأن له ولاية حفظه كيفما كان ، وبذلك قال : الحنفية[1] .

---

(1) ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣٢٣ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو قيام الوصي بفعل الواجب عليه .

المطلب الثاني

موانع ضمان عقد الوكالة

عقد الوكالة[1] من عقود الأمانات ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال ، وهذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هناك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف المال في عقد الوكالة ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد الوكالة من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان في عقد الوكالة ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أتلف الوكيل شيئاً لمن وكله بلا تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه ؛ لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في الموكل فلم يضمن ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ،والإباضية[٥] ، والإمامية[٦] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي[٧] :

١-أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه ، وهو لا يلزم لنفسه ضمان ما بيده ، فكذلك الوكيل الذي هو بمثابته .

٢-أن الوكيل له عقد إرفاق ومعونة ، وفي تضمينه خروج عن مقصود الإرفاق والمعونة .

---

(١)**الوكالة :** هي عقد يفوض به الإنسان غيره وينيبه عن نفسه في التصرف . الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ج١ ، ص ٤٥٠ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٥٠٩ .

(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٩ ، ص ٧١ .

(٣)المزني ، إسماعيل بن يحيى . **مختصر المزني** ، ١م ، دار المعرفة ، بيروت ، ص ١١٠ . الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١١ ، ص ٦٠ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٥٧ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٢٣٥ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٥٤٩-٥٦٦ .

(٥)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٩ ، ص ٥٤٣ .

(٦)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٠ ، ص ٢٦٣ .

(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٥٨ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٣٠ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من الوكيل .

المسألة الثانية

إذا وكل شخص شخصاً آخر في قضاء دينه ، فادعى الوكيل أنه قضـاه الـدين وأنكـر الغريم ، فهل يضمن الوكيل المال للموكل ، ينظر في ذلك : فإن كان قضاه في غيبة الموكـل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فُسِقُوا لم يضمن ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط ، وإن لم يشهد ضمن لأنه فرط ، وبذلك قال : جمهور الفقهـاء مـن الحنفيـة[١] ، والمالكيـة[٢] ، والشـافعية [٣] ، والحنابلة[٤] . فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من الوكيل .

المسألة الثالثة

إذا قضى الوكيل دين الموكل في حضرته ولم يشهد ، فهـل يلزمـه الضـمان أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القـول الأول : لا يضمن ؛ لأنه لم يفرط وإنما المفرط هو الموكل فإنه حضر وترك الإشـهاد ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من المالكية[٥] ، والشافعية في قول[٦] ، والحنابلة[٧] .

القول الثاني : أنه يضمن ؛ لأن ترك الإشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكـل ، وبذلك قال : الشافعية في قول [٨] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الوكيل لعدم تعديه وتفريطـه ، فالموكل حاضر بنفسه وترك الإشهاد ، فلا ذنب للوكيل .فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا وكله بقضاء دينه ، فقام الموكل بقضاء هذا الدين بنفسه ، ثم قام الوكيل بدفع المـال إلى من أمره الموكل بدفعه إليه وهو لا يعلم بدفع الموكل ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد ولـم يفرط ، وبذلك قال : الحنفية[٩] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٩ ، ص ٧١ .

(٢)**قال المالكية :** إن أقبض الدين ولم يشهد ضمن سواء أكانت العادة جارية بترك الإشهاد أو لم تكن ، **وقيـل :** إذا كانت العادة جارية بذلك لم يضمن . انظر ، الحطاب ، **مواهـب الجليـل** ، ج٧ ، ص ١٩٨ . الدسـوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٣٩٠ .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٤٦ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٢٣٣ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٥٦٥ .

(٥)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ١٩٨ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٣٩٠ .

(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٤٧ .

(٧)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٢٣٣ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٥٦٥ .

(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٤٧ .

(٩)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٩ ، ص ٧١ .الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٣٥ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من قبل الوكيل .

المسألة الخامسة

إذا وكله بقضاء دينه فمات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد ، وبذلك قال : الحنفية[١]، والإباضية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من قبل الوكيل .

المسألة السادسة

إذا قام الموكل بدفع الدراهم إلى الوكيل فسرقت من يد الوكيل ، فلا ضمان عليه ؛ لأنـه لم يتعد ولم يفرط ، وبذلك قال : الحنفية[٣]، والإباضية[٤]. فالمانع من الضمان عدم التعدي .

المسألة السابعة

إذا باع الوكيل سلعة الموكل ، ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد منه ، فلا ضمان عليه ، وإن اتهم حلف ، وبذلك قال : الحنابلة[٥]، والإباضية[٦].

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من قبل الوكيل .

الفرع الثاني

وجود العذر

يعد وجود العذر مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا باع الموكل شيئاً وجعل الثمن مع الوكيل ، ثم طلب الثمن من الوكيل فلم يسلمه لعذر كمرضٍ ونحوه أو لأجل الإشهاد ، ثم تلف الثمن قبل تسليمه إلى الموكل فلا ضمان على الوكيل لوجود العذر المانع من التسليم وعدم التفريط ، وبذلك قال: جمهور الفقهـاء مـن المالكيـة[٧] ، والشافعية[٨] ، والحنابلة[٩]، والإباضية[١٠] .

---

(١)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٣٥ .
(2)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٩ ، ص ١٥٦ .
(٣)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٢٧٧ .
(4)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٩ ، ص ١٥١ .
(5)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٢٢١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٥٦٩ .
(6)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٩ ، ص ٥٤٣ .
(٧)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٣٩٢ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٥٩ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٣٠ .
(٩)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٢٢٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٥٦٢ .
(10)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٩ ، ص ٥٨٠ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود عذر للوكيل منعه من تسليم الثمن .

المسألة الثانية

إذا وكله باستيفاء قصاص[١] ثم عفا الموكل عن المقتص منه ، ولم يعلم الوكيل بذلك العفو فاستوفى القصاص ، فلا ضمان عليهما ، لوجود العذر بعدم العلم ، وبذلك قال:الحنابلة[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود عذر للوكيل وهو عدم العلم بالعفو .

الفرع الثالث

تنفيذ أمر الحاكم

يعد تنفيذ أمر الحاكم مانعاً من ترتب الضمان عليه،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية:

من المعلوم أن الوكيل بالبيع لا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن لما في التسليم قبله من الخطر ؛ فإن ألزمه الحاكم بتسليم المبيع قبل قبض الثمن ، فلا ضمان على الوكيل ، وبذلك قال : الشافعية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو تنفيذ الوكيل لأمر الحاكم .

الفرع الرابع

وجود الرضى

يعد وجود الرضى مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا وكل رجلاً ليقبض له دابة استعارها من شخص آخر فقبضها الوكيل بإذن مالكها ، وعلم المالك أن الدابة لا تنقاد للسوق إلا بالركوب ، فلا ضمان على الوكيل ؛ لأن صاحب الدابة لما دفعها إلى الوكيل ليأتي بها إلى المستعير مع علمه أنها لا تنقاد إلا بالركوب فقد صار راضياً بركوبه ، وبذلك قال : الحنفية[٤] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الرضى من مالك الدابة .

الفرع الخامس

يد الأمانة

---

(١)**القصاص :**هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١٧٦ .
(٢)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٥٤٩ .
(٣)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٢٥ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٩ ، ص ٩٠ .

تعد يد الأمانة مانعة من ترتب الضمان على الوكيل ، ويظهر ذلك من خـلال المسـألة الآتية :

إذا وهب هبة لشخص ما ووكل بدفعها وكيلاً ثم مات الواهب ، ودفعها الوكيل وقال دفعتها في حال حياته فصدقه الموهوب له ، فلا ضمان على الوكيل ؛ لأنه كان أميناً في الدفع ، وبذلك قال : الحنفية[١] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة أن يد الوكيل يد أمانة .

الفرع السادس

وجود الإذن

يعد وجود الإذن من الموكل مانعاً من ترتب الضمان على الوكيل ، ويظهر ذلـك مـن خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا وكله بقبض دين له على رجل ، ثم قام الموكل بهبة المال للذي عليه الدين ، ولم يعلم الوكيل بذلك ، فقام الوكيل بقبض المال فهلك في يده ، فيحق لدافع الدين أن يأخذ به الموكـل ، ولا ضمان على الوكيل ؛ لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل ؛ لأنه قبضه بأمره وقبض النائـب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعدما وهبه منه ، وبذلك قال : الحنفية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من الموكل .

المسألة الثانية

إذا وكله ببيع سلعة ما ، فقام الوكيل بدفع السلعة إلى دلال[٣] ليعرضها على من يرغـب فيها فغابت السلعة أو ضاعت في يد الدلال ، فهل يضمن الوكيـل ذلـك أم لا ؟ **اختلفـت آراء الحنفية على قولين**[٤] **:**

القول الأول : لاضمان على الوكيل ؛ لأنه مأذون له بذلك دلالةً من قبل الموكل .

القول الثاني : يضمن الوكيل ذلك ؛ لأنه دفع ملك الغير بغير إذنه .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ،ج١٩ ، ص ١٤٢ .

(٢)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٣٩ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٣٢٥ .

(٣)**الدلال :** هو الذي ينادي على السلعة . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢١٠ .

(٤)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٧ ، ص ٢٥٣ .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على الوكيل ، وذلك لوجود الإذن دلالة من الموكل ، وأيضاً لأن ذلك من عرف التجار وعرف البيع والشراء .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن .

المسألة الثالثة

إذا وكله بشراء شاة له وأعطاه دراهم فخلطها الوكيل مع دراهمه بإذن الموكل فضاعت الدراهم ، فلا ضمان على الوكيل لوجود الإذن في الخلط دلالةً ، وبـذلك قـال : الحنابلـة[١] ، والإباضية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن بالتصرف دلالة .

الفرع السابع

فساد العقد

يعد فساد العقد مانعاً من ترتب الضمان على الوكيل ، ويظهر ذلك من خـلال المسـألة الآتية :

إذا وكله في اقتضاء دينه وغاب ، فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يـد الوكيـل ، فالوكيل قد أساء ولا ضمان عليه ؛ لأنه رهن فاسد ، والقبض في العقد الفاسد كالقبض في العقد الصحيح ، فما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسـده ، ومـا كـان غيـر مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ، وبذلك قال : الحنابلة[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو فساد العقد .

---

(١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٢٣١ .

(٢)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٩ ، ص ٥٨٧ .

(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٢٣١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٥٦٢ .

المطلب الثالث

موانع ضمان عقد الوديعة

عقد الوديعة[1] من عقود الأمانات ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال ، وهذا الإتلاف قد يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة وقد لا يترتب [٢] ، فهنالك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف المال في عقد الوديعة ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد الوديعة من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان على المودَع ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أودع الرجل دابته عند شخص ، فأمره بسقيها وعلفها ، فأمر المودَع من يسقي دوابه ويعلفها بسقيها وعلفها[٣] ، فتلفت بلا جناية ولا تعد فلا ضمان على المودَع ، لأن العادة جرت بالاستعانة ؛ ولأنه لم يخرجها عن يده ولم يفوض حفظها إلى غيره ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥].

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

([١])**الوديعة :** هي أمانة تركت عند الغير للحفظ قصداً . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٢٤٦ .
([٢])**اختلفت آراء الفقهاء في عقد الوديعة على قولين :**
القول الأول : إن الوديعة أمانة ، فلا يضمن الوديع إلا لجناية متعمدة منه على العين ، وبذلك قال : أبو بكر وعلي وابن مسعود وجابر.الصنعاني،**سبل السلام** ،ج٣،ص١٠٨.قحطان الدوري،**صفوة الأحكام**،ص٢٦٢ .
وحجتهم : قوله عليه السلام ﴿ من أودِع وديعة فلا ضمان عليه ﴾ وسيأتي تخريجه في الصفحة التالية . وبعض الآثار عن أبي بكر وعلي وجابر وابن مسعود وفي بعضها مقال .
القول الثاني : الوديع ضامن إذا اشترط عليه الضمان ، وبذلك قال : الحسن البصري . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ١٠٨ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٦٢ **. يرد عليه :** يؤول بأنه مع التفريط .
([٣])أما إذا كان سقي الدواب في دار المودَع فخرج بدواب الوديعة ليسقيها خارج الدار فيضمن إذا تلفت . انظر ، الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٢ .
([٤])الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٢ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٩٢ .
([٥])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٩٣ .

المسألة الثانية

إذا مات المودَع فأوصى إلى رجل بماله والوديعة ، أو بالوديعة دون ماله ، فهلكت فإن كان الموصى له بالوديعة أميناً لم يضمن الميت وإلا ضمن ؛ لأنه لم يتعد ، وبذلك قال : المالكية[١] ، والشافعية[٢] ، والزيدية[٣] .

وحجتهم في أن يد المودع أمينة : استدلوا بأدلة من السنة ، والإجماع ، والمعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : استدلوا بما يأتي :

١-قول رسول ا ﷺ ﴿ **من أودع وديعة فلا ضمان عليه** ﴾[٤] .

وجه الدلالة : يدل الحديث على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالمودَع والمستعير[٥] .

٢- قول رسول ا ﷺ ﴿ **ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان** ﴾[٦] .

ثانياً : الإجماع : أجمع فقهاء الأمصار على أن يد المودَع يد أمانة[٧] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : استدلوا بما يأتي[٨] :

١-أن المودَع يحفظها للمالك ، فكانت يده كيده .

٢-لأن حفظ الوديعة معروف وإحسان ، فلو ضمنت من غير عدوان لم يقبلها الناس ، مما يؤدي إلى قطع المعروف بين الناس .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

إذا سلمه الوديعة في مكان غير آمن فخرج المودَع بها إلى مكان آمن فهلكت لم يضمن ؛ لأنه لم يتعد في ذلك بل زاده خيراً ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من المالكية[٩] ، والشافعية[١٠] ، والحنابلة[١] ، والزيدية[٢] .

---

(١)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٢٦ .
(٢)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٣ .
(٣)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥١٢ .
(٤) سبق تخريجه ، ص (١٩) .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٨ .
(٦)سبق تخريجه ، ص (١٩) .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٧ .
(٨)المصدر نفسه، ج١٤ ، ص ١٧٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨١ .
(٩)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٢٣ .
(١٠)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٣ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا استودعه وديعة فقام المودَع بحفظها في المكان الذي يحفظ فيه أمواله ، وكان الناس يعدون ذلك المكان حرزاً[٣] آمناً فهلكت الوديعة ، فلا ضمان على المودَع ؛ لأنه لم يتعد ولم يقصر في الحفظ[٤] ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٥] ، والمالكية[٦] ، والشافعية[٧] ، والحنابلة[٨] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الخامسة

إذا أودع الرجل الوديعة عند شخص فقام المودَع وأودعها عند غيره فتلفت عند المودَع الثاني ، فهل يضمن المودَع الأول أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن ، لأنه متعد في ذلك ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٩] ، والشافعية[١٠] ،والحنابلة[١١] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[١] :

١-أنه خالف المودِع فضمنها ، كما لو نهاه عن إيداعها .

٢-أنه أمره بحفظها بنفسه ، ولم يرض لها غيره ؛ لأن الناس يتفاوتون في الحفظ والمودع إنما رضي بحفظه وأمانته دون غيره .

القول الثاني : لا يضمن ، وبذلك قال : ابن أبي ليلى[٢] .

---

(١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨٦ . البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤ ، ص ٢٠٥ .
(٢)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥١٢ .
(٣)**الحرز :** هو ما يحفظ فيه المال عادة ، وهو يختلف باختلاف الشيء المحرز . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ١٧٨ .
(٤)هذا في حالة كان الاستحفاظ مطلقاً ، أما إذا كان مقيداً بأن كان مأموراً بحفظها في مكان معين كمن أمور المستودع فقام بنقل البضاعة إلى منزله وحفظها في حرز مثلها فتلفت فإنه يضمن لأنه كان مقيداً في الحفظ فلا يجوز له إخراجها ولو كان المكان أكثر أمناً . انظر ، الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٣ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٠٩ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٩ .
(٦)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٢٣ .
(٧)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٤ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨٦ .البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤ ، ص ٢٠٥ .
(٩)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٣ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٨ .
(١٠)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٥ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٨١ .
(١١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨٢ .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[٣] :

١-لأن عليه حفظها وإحرازها ، وقد أحرزها عند غيره وحفظها به .

٢-ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها ، كما لو حفظها في حرزه .

المناقشة والترجيح : أن قول الفريق الثاني بجواز إيداع ماله عند غيره ، فيجوز له إيداع وديعة الغير أيضاً ، يرد عليه : بأن المودِع الأول رضي بأمانة هذا الشخص ولا يرضى بأمانة غيره ، فلا يجوز له حفظ الوديعة عند غيره ، فيضمن لمخالفته المودِع .

فالراجح هو قول الجمهور ، فالمودَع يضمن ؛ لأنه خالف المودِع ؛ ولأن الناس يتفاوتون في الحفظ ، فالمودِع يرضى بأمانة من أودعه ولا يرضى بأمانة غيره .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي بناء على القول الثاني .

المسألة السادسة

رجل استودع رجلاً ألف دينار فخلطها المودّع بدنانيره فضاعت الدنانير كلها ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد ؛ ولأن دنانيره ضاعت أيضاً ، وبذلك قال:المالكية[٤] ، والحنابلة[٥] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

الفرع الثاني

حالة الضرورة

تعد حالة الضرورة مانعة من ترتب الضمان على المودَع ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا استودع الرجل وديعته عند شخص ، وأراد المودَع أن يسافر ، وكان المودِع أو وكيله غائباً ، فقام المودَع بإيداعها عند من يودع ماله عنده وكان أميناً فهلكت الوديعة ، فلا

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٣-١١٤ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٩٠ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨٢ .

(٢)السرخسي،**المبسوط** ،ج١١، ص١١٣.الشافعي، **كتاب الأم** ،ج٤،ص١٤٥.ابن قدامة ، **المغني**،ج٧،ص٢٨٢ .

(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٣ . الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٩٠ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨٢ .

(٤)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٤٥ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٢٧١ .

(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨١ .

ضمان على المودَع في هذه الحالة ؛ لأن المودَع الأول كان مضطراً إلى السفر ، والمودَع الثاني يده يد أمانة ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من المالكية(١) ، والشافعية(٢) ، والحنابلة(٣) ، والزيدية(٤) .

وذهب الحنفية إلى أن سفر المودَع بها أولى من إيداعها عند غيره(٥) .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو حالة الضرورة .

المسألة الثانية

إذا استودعه وديعة في مكان ما واشترط عليه أن لا يخرجها من هذا المكان فتعدى فأخرجها إلى موضع آخر لضرورة- كسيل أو نار- محافظة على الوديعة وكان المكان الثاني أحرز من الأول لكنها هلكت ، فهل يضمن المودَع أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ؛ لأنه أخرجها لضرورة ، ولأن نقلها في هذه الحالة من باب الحفظ لها ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية استحساناً(٦) ، والشافعية(٧) ، والحنابلة(٨) ، والزيدية(٩) .

القول الثاني : يضمن ؛ لأنه ترك الحفظ الذي التزمه بالتسليم إلى غيره ، وعذره يسقط المأثم عنه ، ولكن لا يبطل حق المالك في الضمان ، وبذلك قال : الحنفية قياساً(١٠) .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه لأن المودَع نقلها لوجود ضرورة ، ونقلها في مثل هذه الحالة يعد من باب الحفظ ، وهو مأمور بالحفظ .

فالمانع من الضمان هو حالة الضرورة .

المسألة الثالثة

إذا استودعه شخص غير جائز التصرف-كصبي أو سفيه- وديعةً ، وخاف المودَع إن لم يأخذها منه استهلكها ، فهل يضمن المودَع ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(١)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٤٥ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٢٤ .
(٢)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٣ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٨٦ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨٣ .
(٤)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥١٢ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٢٢ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٢٥ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٨ .
(٧)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٣ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٨١ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٨٤ . البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤ ، ص ٢٠٦ .
(٩)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥١٢ .
(١٠)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٢٥ .

القول الأول : لا يضمن في هذه الحالة ؛ لأن المودَع قصد الحفـظ للوديعـة ، وبـذلك قـال : الشافعية في قول[١] .

القول الثاني : يضمن ؛ لأن يد المودَع ثبتت عليه من غير ائتمان ، وبذلك قال : الشافعية فـي القول الثاني[٢] ، والحنابلة[٣] .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على المودَع في هذه الحالة ؛ لأن قصد المودَع قصد صحيح وهو حفظ الوديعة .فالمانع مـن الضـمان هـو حالـة الضرورة .

الفرع الثالث

الإكراه

يعد الإكراه مانعاً من ترتب الضمان على المودَع ،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية:

إذا استودعه وديعة وأكرهه آخر على أخذها ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على المودَع ؛ لأنه مكره على تسليمها فأشبه ما لو أخذت بغير فعل من جهته ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، والزيدية[٦] ، والإمامية[٧] .

القول الثاني : يضمن ؛ لأنه فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه ، فأشبه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلاف من الجوع ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٨] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول فلا ضمان ، وذلك لأن الإكراه يمنع من وجـوب الضمان على المودَع في مثل هذه الحالة .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود حالة الإكراه وهي تمنع ترتب الضمان .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٤ .
(٢)المصدر نفسه ، ج١٤ ، ص ١٧٤ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٩٦ . البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤ ، ص ٢١٦ .
(٤)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٤ ، ص ١٤٤ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٩٤ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٩٧ . البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤ ، ص ٢١٩ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥١٤ .
(٧)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١٩ ، ص ٣٢٨ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٩٤ .

الفرع الرابع

انتفاء معنى الضمان أصلاً

يعد انتفاء معنى الضمان مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أودع شخص وديعته عند صبي أو سفيه ، فلا يصح الإيداع لأنهما ليسا من أهل الحفظ ، فإن تلف عندهما ، فهل يضمنان التالف أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليهما في هذه الحالة ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء كأبي حنيفة ومحمد[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية في قول[٣] ، وبعض الحنابلة[٤] ، والزيدية[٥] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٦] :

١-لأن المودِع مكنه من إتلافه فلم يضمنه ، كما لو باع منه شيئاً وسلمه إياه .

٢-لأن الصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ ، فلا يضمنان .

القول الثاني : يجب الضمان ، وبذلك قال : الشافعية[٧] ، والحنابلة[٨] ، وأبو يوسف[٩].

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن المودِع لم يسلطه على إتلافه فضمنه بالإتلاف ، كما لو أدخل الصبي داره فأتلف ماله[١٠].

٢-أن ضمان الاستهلاك ضمان فعل ، والصبي والبالغ فيه سواء ، لأن تحقق الفعل بوجوده[١١] .

٣-أن إيداع الصبي باطل ؛ لأنه استحفاظ من لا يحفظ ، فكأنه لم يودعه ، ولكنه جاء فأتلف ماله ،فكأنه ألقاه على قارعة الطريق فإذا أتلفه الصبي كان ضامناً فكذلك هنا[١] .

المناقشة والترجيح :

أن قياس الوديعة للصبي -من الفريق الثاني- على إدخاله داره فإذا أتلف شيئاً فيها ضمنه ، ليس بالمتجه ؛ لأن المودِع هو من مكن الصبي من الإتلاف ، كما أن الصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ فلا يضمنان .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٧ .
(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٥٢ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٢٩٥ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٥ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٩٦ . البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤ ، ص ٢١٦ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥١٠ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٩-١٢٠ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٧ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٥ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٥ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٢٩٦ .
(٩)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٧ .
(١٠)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٧٥ .
(١١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٩ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٧ .

فالراجح هو قول الجمهور،فلا ضمان على الصبي والسفيه ، وذلك لأن المودِع هو مـن سلطهما على إتلاف المال،فلا ضمان عليهما .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انتفاء معنى الضمان أصلاً .

الفرع الخامس

فعل ما فيه المصلحة

إذا فعل المودَع ما فيه مصلحة للوديعة ؛ فإن ذلك يعد مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أخرج المودَع الوديعة من الحرز لمصلحة لها كإخراج الثياب للتشميس ونحوه فتلفت ، فلا ضمان عليه ؛ لأن ذلك من مصلحة الوديعة ، وبذلك قال : المالكية[٢] ، والشافعية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو فعل ما فيه مصلحة للوديعة .

الفرع السادس

القيام بفعل الواجب

يعد قيام المودَع بفعل الواجب مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك مـن خـلال المسألة الآتية :

إذا أودعت معه وديعة ليوصلها إلى البلدة ، فعرضت له إقامة طويلة في الطريق كسنةٍ ، فيحق للمودَع أن يبعثها مع غيره ، ولا ضمان عليه إن تلفت أو سرقت ؛ لأن بعثها فـي هـذه الحالة واجب ، ويضمن إن حبسها ، وبذلك قال : المالكية[٤] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو قيام المودَع بفعل الواجب .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١٩ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠٧ .
(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٢٠ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤ ، ص ١٩٣ .
(٤)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٢٤ .

المطلب الرابع

موانع ضمان عقد اللقطة واللقيط

عقد اللقطة[1] من عقود الأمانات ، وهذا العقد قد يطرأ عليه إتلاف للمال ، وهذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هناك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف المال في عقد اللقطة ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد اللقطة ، وكذلك سوف نتكلم عن موانع الضمان في حال كان الشيء الملتقط لقيطاً [٢] ؛ لأنه موضوع تابع للقطة ، وذلك من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم مباشرة الإتلاف

تعد عدم مباشرة الشخص لإتلاف مال الغير مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا وجد شخص لقطة في مكان ويخاف عليها لقلة أمانة أهل ذلك المكان فيجب عليه التقاطها ؛ فإن تركها ولم يلتقطها لم يضمن ؛ لأن المال إنما يضمن باليد والإتلاف ولم يوجد شيء من ذلك ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] ، والشافعية[٥] ، والزيدية[٦] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم مباشرة الشخص لإتلاف مال الغير .

([١])**اللقطة :** مال يوجد على الأرض ولا يعرف له مالك . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١٩٣ .

([٢])**اللقيط :** هو اسم لما يطرح على الأرض من صغار بني آدم من العيلة ، أو فراراً من تهمة الزنا . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١٩٣ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٣٩٣ .

([٣])الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠١ .

([٤])الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٤٦ .

([٥])المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٥٠ .

([٦])المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٦٠ .

الفرع الثاني

عدم التعدي

يعد عدم التعدي من قبل الملتقط مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خـلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه ؛ لأنها أمانة في يده فأشبهت الوديعة ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والزيدية[٥] ، والإمامية[٦] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من الملتقط .

المسألة الثانية

إذا وجد شخص لقطة فالواجب عليه تعريفها في المكان الذي وجدها فيـه ، ويجـب أن يبين ما هو الشيء الضائع ، لكن لا يذكر القدر والنوع والعِفاص[٧] والوكاء[٨] حتى لا يأتي رجل يضبط هذه الصفات التي صرح بها الملتقط فيدعي أن اللقطة له ، فإن ذكر الملتقط هذه الصفات فهل يضمن ذلك إن أخذها من ليس بمالك لها أم لا؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على الملتقط ؛ لأنه بمجرد ذكر الصفة لا يجب دفع اللقطـة ، كمـا أن الملتقط لم يتعد في ذكر الصفات ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٩] ، والظاهرية[١] .

---

(١)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠١ .
(٢)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٤٧ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٥٤ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٤٢ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٦٧ .
(٦)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٨ ، ص ٢٥٦ .
(٧)**العِفاص :**هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلداً كان أو غيره.النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١٢،ص٢١.
(٨)**الوكاء :**هو الخيط الذي يشد به الوعاء . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١٢ ، ص ٢١ .
(٩)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٥٦ .

القول الثاني : يضمن الملتقط ؛ لأنه لا يؤمن أن يحفظ هذه الصفات رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفة ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٢] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الملتقط ؛ لأن اللقطة لا يجب دفعها لمن جاء بوصفها بمجرد ذكر الصفات . فالمانع من الضمان هو عدم التعدي من الملتقط .

المسألة الثالثة

إذا حضر صاحب اللقطة قبل أن يتملكها الملتقط وقد تلفت العين بلا تعد منه ، فلا ضمان على الملتقط ؛ لأنه يحفظها لصاحبها فلا تضمن بغير تعد ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] ، والشافعية [٤] ، والحنابلة[٥] ، والزيدية[٦] ، والإمامية[٧] .

أما إن حضر بعد التماك وقد تلفت بالاستهلاك ، فهل يضمنها الملتقط أم لا ؟ **للشافعية قولان[٨] :**

القول الأول : يضمنها الملتقط وعليه أن يرد بدلها ، وهو المذهب .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من السنة النبوية الشريفة بما يأتي : أن علياً ﵁ وجد ديناراً فجاء صاحبه ، فقال النبي ﷺ ﴿ **أده** ﴾ فقال علي : قد أكلته ، فقال النبيﷺ ﴿ **إذا جاءنا شيء أديناه** ﴾ [٩] .

القول الثاني : لا يضمنها ولا يلزمه ردها .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[١] : لأنه مال لم يعرف له مالك ، فإذا ملكه لم يلزمه رده ، ولا ضمان بدله كالركاز[٢] .

---

(١)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ٢٥٧ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٥٦ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٢ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٦٢ .الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٤١٦ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٤٩ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٦٧ .
(٧)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٨ ، ص ٢٥٦ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٦٣ .
(٩)رواه الهيثمي واللفظ له ، **مجمع الزوائد** ، ج٤ ، ص ١٦٩ . **قال الهيثمي:** فيه أبو بكر بن أبي سبرة وهو وضاع . ورواه أبو يعلى الموصلي ، أحمد بن علي . **مسند أبي يعلى الموصلي** ، ١٣م ،(تحقيق حسين سليم) ، دار المأمون للتراث ، حديث رقم " ١٠٧٣ " ، ج٢ ، ص ٣٣٢ . **وقال الزيلعي :** قال البزار : أبو بكر لين الحديث ، وقال عبد الحق في أحكامه أن أبا بكر متروك الحديث .انظر،الزيلعي،**نصب الراية**،ج٤ ، ص ٣٧٧ .

يجاب عن ذلك : أن اللقطة تخالف الركاز ، فالركاز مال كافر لا حرمة له ، وهذا مال مسلم لـه حرمة ، فلهذا لا يلزمه تعريف الركاز ، ويلزمه تعريف اللقطة[٣] .

المناقشة والترجيح :

١-أن اللقطة تختلف عن الركاز ، فالركاز أموال كفار لا حرمة لها ، ولا يلزم من وجدها ردها لهم ، أما اللقطة فهي مال مسلم فيلزم تعريفها سنة بخلاف الركاز .

٢-لأنها حق ثابت لصاحبها الأصلي ، فلا تسقط ملكيته لها بمجرد مرور حول عليها وتملكهـا من قبل الملتقط ، بدليل قول رسول ا ﷺ بعدما سأله رجل عن اللقطـة ، فقـال : ﴿ **اعـرف وكاءها أو قال : وعاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، ثم استمتع بها ، فإن جاء ربها فأدها إليه** ﴾ [٤].فهذا دليل صريح على وجوب ردها لصاحبها إذا ظهر بعد الاستمتاع بها من قبل الملتقط .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فاللقطة إذا تلفت بأن استهلكها الملـتقط ثـم ظهر صاحبها ، فعليه أن يرد بدلها لصاحبها .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من الملتقط بناءً على القـول الثـاني غير الراجح .

المسألة الرابعة

من المعلوم أن الفقهاء اختلفوا في التقاط الإبل الضالة[٥] ، فإن التقطها شخص ليتملكها ثم أرسلها من يده ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٦٣ .

(٢)**الركاز :** هو المال المركوز في الأرض مخلوقاً كان أو موضوعاً . انظر،الجرجاني، **التعريفات** ، ص١١٥.
حكم الركاز : يخمس الركاز لقوله عليه السلام (وفي الركاز الخمس)رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ، ص١٣٧ . فخمسه لبيت المال ، **أما الأربعة أخماس الباقية ففيها قولان للفقهاء :**
القول الأول : إنها للواجد مطلقاً سواء كان في أرض مملوكة له أو غير مملوكة له . وهو الظاهر مـن مـذهب مالك ، والحنابلة . انظر ، الآبي ، **الثمر الداني** ، ص ٣٤٤ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ٢٦١ .
القول الثاني : إنها للواجد إذا وجده في أرض غير مملوكة ، أما إذا وجده في أرض ملكها بالإحيـاء ، أو فـي أرض كانت مملوكة فتكون لأول مالك لها في الإسلام أو ورثته ، فإن لم يعرف واحد منهم فيكون لبيت المـال وليس للواجد ولا لمالك الأرض أي شيء . وبذلك قال : الحنفية ، والمالكية ، والشافعية انظـر ، السرخسـي ، **المبسوط** ، ج٢ ، ص ٢١٢ ، الآبي ، **الثمر الداني** ، ص ٣٤٤ . الشافعي ، **الأم** ، ج٢ ، ص ٤٧-٤٨ .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٦٣ .

(٤)رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري**،ج١،ص٣١-٣٢.ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٣٤

(٥) **اختلفت آراء الفقهاء في ضالة الإبل على قولين :**
القول الأول : لا تلتقط ، بل تترك ترعى الشجر ، وترد المياه حتى يأتي صاحبها ، وبـذلك قـال : المالكيـة ، والشافعية ، والحنابلة . انظر ، الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ١٢٢ . الشافعي ، **الأم** ، ج٤ ، ص ٦٨ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٦٧ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٥٢ .

القول الأول : لا ضمان عليه إذا أرسلها ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن من تعدى في وديعة ثم كف عن التعدي فيسقط عنه الضمان [٣] .

القول الثاني : يلزمه الضمان في هذه الحالة ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-لأن الملتقط تعدى في أخذها ، والتعدي يوجب الضمان ، ولا يسقط عنه بمجرد الإرسال[٦] .

٢-أنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها ،فإذا ضيعها لزمه ضمانها، كما لو ضيع الوديعة[٧] .

المناقشة والترجيح : أن دعوى التعدي لا تصح ؛ لأن من تعدى ثم كف عن التعدي يسقط عنه الضمان . فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على من التقط ضالة الإبل ثم أرسلها ؛ لأنه كف عن التعدي ، والكف مانع لترتب الضمان .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من الملتقط ، فلا ضمان عليه .

الفرع الثالث

الملك

يعد وجود الملك مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

اختلفت آراء الفقهاء في ضمان اللقطة بعد مرور سنة عليها على قولين :

القول الأول : إن أكلها ضمنها لصاحبها ، فيجب ردها إن كانت العين موجودة ، أو البدل إن استهلكت ، وهو قول الجمهور[١] .

حجتهم : سئل النبي عليه السلام عن ضالة الإبل فقال :(دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها) . رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٣ ، ص ٩٣ . فالنبي عليه السلام : نبه على أنها غنية غير محتاجة إلى الحفظ بما ركب ا في طباعها من الجلادة على العطش ، فلا تحتاج إلى الملتقط بخلاف الغنم . انظر ، الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٩٦ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص٢٥٢.

القول الثاني : الأولى التقاطها ، وبذلك قال : الحنفية ، ومالك في رواية ، وعثمان وعلي . انظر ، السرخسي ، **المبسوط**،ج١١،ص١١.الدسوقي ،**حاشية الدسوقي** ،ج٤،ص١٢٢.قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ،ص٢٥٢ .

وحجتهم : إن أمر النبي بعدم التقاطها كان في الابتداء فالغلبة في ذلك الوقت لأهل الصلاح والخير فلا تصل إليها يد خائنة إذا تركها واجدها ، فأما بعد ذلك فلا يأمن واجدها من وصول يد خائنة إليها بعده فأخذها إحياء لها وحفظ لها على صاحبها فهو أولى من تضييعها . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١١ .

[١]الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ٢٠١ .

[٢]مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٧٨ .

[٣]المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٤ .

[٤]المصدر نفسه ، ج١٥ ، ص ٢٧٤ .

[٥]ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٤٢ .

[٦]المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٤ .

[٧]ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٤٢ .

وحجتهم في ذلك :

١-قوله ﷺ : ﴿ **ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك ، فـإن جـاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه** ﴾ [٢] .

وجه الدلالة : يدل الحديث على وجوب ضمان اللقطة[٣] .

٢-أمره ﷺ بعد الإذن في الاستنفاق أن يردها إلى صاحبها إن جاء يوماً مـن الـدهر ، وذلـك تضمين لها[٤] .

القول الثاني : إن أكلها لا يضمنها إن جاء صاحبها ؛ لأنها تصير من مالـه ، وبـذلك قـال : الظاهرية [٥] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيضمنها الملتقط إن ظهر صاحبها بعد مـرور الحول ، وذلك لقوة الحديث الذي استدلوا به وأنه صريح بوجوب الرد .

فالمانع من الضمان بناء على القول الثاني غير الراجح هو أن اللقطة تصير ملكاً للملتقط بعد مرور الحول .

الفرع الرابع

يد الأمانة

تعد يد الأمانة مانعة من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أخذ شخص ضالة الإبل لا بقصد الالتقاط ، ولكن أخذها حفظاً لها على مالكها ، فإن كان عارفاً بمالكها لم يضمن ، ويده يد أمانة عليها حتى تصل إلـى مالكهـا ، وبـذلك قـال : الشافعية[١] . أما إذا لم يكن عارفاً بمالكها ، **ففي وجوب الضمان قولان للفقهاء** :

القول الأول : لا ضمان عليه ؛ لأنه من باب التعاون على البر ، وبذلك قـال : الشـافعية فـي وجه[٢] ، والإمامية[٣] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٣ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣٦ . المطيعـي ، **تكملـة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٦١ .البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٢٦٦ . الصنعاني ، **سبل السـلام** ، ج٣ ، ص ٩٦ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٥١ .

(٢)رواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٣٥ .

(٣)الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٩٦ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٥١ .

(٤)الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٩٦ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٥١ .

(٥) ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ٢٥٩ . الصنعاني ، **سبل السـلام** ، ج٣ ، ص ٩٦ . قحطـان الـدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٥١ .

القول الثاني:يجب الضمان؛لأنه لا ولاية له على غائب ، وبذلك قال:الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] .

المناقشة والترجيح :

١-أن يد الملتقط يد أمانة ، ويد الأمانة لا تضمن إلا بالتعدي ، ولا تعدي منه .

٢-أن التقاطها كان من باب التعاون بين الناس على أمور الخير ، والشريعة تحث على ذلك .

٣-أن الملتقط في هذه الحالة لم يقصد التقاطها بقصد التملك ، بل لأجل الحفظ .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول فلا ضمان على من التقط ضالة الإبل بقصد حفظها على مالكها سواء أعرفه أم لم يعرفه .

فالمانع من الضمان هو أن يد الملتقط يد أمانة .

المسألة الثانية

إذا أخذ شخص اللقطة ليبقيها في يده أمانة لصاحبها فلا يلزمه تعريفها كما لا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الإشهاد عليها ، فإذا وجد صاحبها سلمها إليه ، فإذا تلفت اللقطة في مدة إمساكها لصاحبها ، فهل يضمنها الملتقط أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول :لا ضمان عليه؛لأن يده يد أمانة ،وبذلك قال: الحنفية[٦]،والشافعية[٧]، والحنابلة [٨] .

القول الثاني : عليه ضمانها ؛ لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[٩] .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على الملتقط في هذه الحالة ؛ لأن يد الملتقط يد أمانة ، ولأنها أمسكها بغير قصد التملك .

فالمانع من الضمان هو أن يد الملتقط هي يد أمانة ، فلا ضمان عليه .

الفرع الخامس

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٤ .
(٢)المصدر نفسه ، ج١٥ ، ص ٢٧٤ .
(٣)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٨ ، ص ٢٣٣ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٤ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٧٠ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٢ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٦ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٤٢ .
(٩)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٦ .

إذا التقط شخص مالا يدفع عن نفسه خطراً كالدجاج والغنم ، وأخذه وأكله في الحـال ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن ذلك وعليه غرمه لمالكه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء مـن الحنفيـة[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] ، والإمامية[٤] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة النبوية ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية : استدلوا بما يأتي :

١-قوله ﷺ ﴿ **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه** ﴾ [٥] .

وجه الدلالة : أن عموم الحديث يدل على حرمة أكل أموال الناس إلا إذا طابت نفـس صـاحب المال ، وفي مسألتنا كأنه أكل مال الغير بغير طيب نفس منه .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[٦] :

١-لأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها ، فوجب أن يلزمه غرمها عند اسـتهلاكها ، قياسـاً علـى اللقطة في الأموال .

٢-ولأنها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل .

القول الثاني : لا ضمان عليه ، ولا يغرم بدله ، وبذلك قال : المالكية[٧] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من السنة النبوية ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١-قال ﷺ ﴿ **إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب** ﴾ [٨] . **وجه الدلالة :** من المعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن ، وإنما أراد بيان حكم الآخذ في سقوط الضمان[٩] .

يجاب عن ذلك : أنه نبه في هذا الحديث على إباحة الأخذ وجواز الأكل ولم يذكر الغرم [١٠] .

---

(١)ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٤ ، ص ٤٦٦ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٥ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٦٦ .
(٤)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٨ ، ص ٢٣٤ .
(٥)رواه الدارقطني واللفظ له ، **سنن الدارقطني** ، ج٣ ، ص ٢٢ . وأخرجه أحمد ، **مسند أحمد** ، ج٥ ، ص ٧٢ . ورواه البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٠٠ . ورواه الهيثمي ، **مجمع الزوائد** ، ج٣ ، ص ٢٦٥ . **قـال الزيلعي :** أخرجه الدارقطني ، وإسناده جيد . الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٥ ، ص ٤٠٥ . **وقال الألباني :** حديث صحيح . الألباني ، **إرواء الغليل** ، حديث رقم " ١٧٦١ " ، ج٦ ، ص ١٨٠ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٥ .
(٧)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٥٠ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ١٢٠ .
(٨)رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ،ج١،ص ٣٢ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٣٤.
(٩)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٥ .
(١٠)المصدر نفسه، ج١٥ ، ص ٢٧٥ .

ثانياً : الأدلة من المعقول : استدلوا بما يأتي : أن ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدرهم[١] .

المناقشة والترجيح :

١-أن الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول أقوى من أدلة القول الثاني ، فأدلة القول الأول تنسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية الدالة على حرمة أكل أموال الناس بالباطل .

٢-قول رسول ا ﷺ بعدما سأله رجل عن اللقطة ، فقال : ﴿ **اعرف وكاءها أو قال وعاءهـا وعفاصها ثم عرفها سنة ، ثم استمتع بها ، فإن جاء ربها فأدها إليه** ﴾ [٢] . فهذا دليل صريح على وجوب ردها لصاحبها إذا ظهر بعد الاستمتاع بها من قبل الملتقط .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فمن أستهلك مال اللقطة بالأكل ونحوه ، ثـم ظهر صاحب اللقطة فعليه أن يضمن ذلك .

فالمانع من الضمان بناءً على القول الثاني غير الراجح هو أن الملتقط نفذ أمر الشـارع في استهلاكه للقطة فلا ضمان عليه .

الفرع السادس

حالة الضرورة

تعد حالة الضرورة مانعة من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا التقط رجل طفلاً صغيراً فأنفق عليه وأشهد على الإنفاق ، فهل يضمن الملـتقط أم لا ضمان عليه ؟ **للشافعية قولان**[٣] **:**

القول الأول : لا ضمان عليه ؛ لأن إنفاقه عليه كان لضرورة حتى لا يهلك اللقيط .

القول الثاني : يضمن ؛ لأن الملتقط لا ولاية له ، كما لو كان الحاكم موجوداً .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الملتقط في هـذه الحالـة ؛ لأن إنفاقه على الصغير كان لضرورة . فالمانع من الضمان هو وجود حالة ضرورة استدعت ذلك .

الفرع السابع

تنفيذ أمر الحاكم

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٧٥ .

(٢)سبق تخريجه ، ص (١٥٣) .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ، ص ٢٨٨ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٤٢١ .

يعد تنفيذ أمر الحاكم من قبل الملتقط مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا سلم الملتقط اللقطة لمن وصفها بمجرد الوصف بإلزام من الحاكم ، ثم أقام آخر بينة بأن اللقطة ملكه ، فتلفت اللقطة عند من استلمها بالوصف ، فلا ضمان على الملتقط ؛ لأنه نفذ أمر الحاكم ولم يوجد منه تقصير ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والحنابلة [٢] ، والزيدية[٣] .

فالمانع من الضمان هو تنفيذ الملتقط لأمر الحاكم .

الفرع الثامن

عدم العلم

يعد وجود عذر بعدم العلم مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية : إذا التقط طفلاً صغيراً ، فأمر الملتقط الختان فختنه ، ولم يعلم الختان بأن الطفل لقيط ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يعلم بذلك وهذا عذر يمنع عنه الضمان ، وبذلك قال : الحنفية[٤] .

فالمانع من الضمان هو وجود عذر بعدم العلم .

---

(١)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٤١٦ .
(٢) ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ٣٣٨ .
(٣)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٦٣ .
(٤)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٥ ، ص ٢٥٠ .

المطلب الخامس

موانع ضمان عقد الرهن

عقد الرهن[1] من عقود الأمانات ، وهذا العقد قد يطرأ عليـه إتـلاف للمـال ، وهـذا الإتلاف يترتب عليه ضمان الأشياء المتلفة ، لكن هنالك موانع تمنع من ترتب الضمان في حال إتلاف المال في عقد الرهن ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في عقد الرهن من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا كان المرهون طعاماً رطباً مما يتسارع إليه الفساد ، ولم يكن من النوع الذي يمكـن تجفيفه ، ولم يأذن الراهن للمرتهن في بيعه ، فتلف الطعام المرهون ، فلا ضمان على المـرتهن ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط في ذلك ، وبذلك قال : الشافعية[٢] .

فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا استعار الراهن الرهن ، وتلف الرهن في يد المرتهن ، فلا ضمان عليه على الأصح ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] ، والشافعية[٥] ، والإمامية[١] .

فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

---

(١)**الرهن :** حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين . انظر ، الجرجاني ، **التعريفـات** ، ص ١١٦ . **أو :** جعل مال وثيقة على دين ليستوفى منه الدين عند تعذره ممن عليه . انظر ، المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ١٧٧ .

(٢)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١٠ ، ص ١١ .

(٣)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٥٥ .

(٤)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ، ص ٢٩٨ .

(٥)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١٠ ، ص ٢٢ .

إذا قضى الراهن الدين أو أبرأه منه المرتهن ، وما زال الرهن في يد المـرتهن فتلـف الرهن ، فهل يضمن المرتهن أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على الأقوال الآتية :**

القول الأول : لا ضمان على المرتهن ، وبذلك قال : الشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] ، والظاهرية[٤] ، والزيدية[٥] ، والإمامية[٦] ، وأبوعبيد [٧] والأوزاعي والزهري[٨]وأبو ثور وعطاء وعلي رضي الله عنه[٩] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : استدلوا بما يأتي :

١-قال ﷺ ﴿ **لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه**[١٠] ﴾ [١١] .

وجه الدلالة :أن ضمان الرهن يكون على راهنه فلا يضمن المرتهن إلا إذا تعدى أو قصر[١٢] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : استدلوا بما يأتي :

١-لأن الرهن وثيقة بدين ليس بعوض منه ، فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن[١٣] .

٢-ولأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسداً لم يضمن ، فوجب إذا كان صحيحاً أن لا يضمن أصله ، كالوديعة ومال المضاربة[١٤] .

٣-ولأنه وثيقة بالدين ، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل والشاهد[١٥] .

٤-ولأنه مقبوض بعقد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة[١] .

([١])النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢٥ ، ص ١٧٤ .

([٢])المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٤٩ .

([٣])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٤٤٢ .

([٤])ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ٩٩ .

([٥])المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٣٩٨ .

([٦])النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢٥ ، ص ١٧٤ .

([٧])**أبو عبيد :** هو القاسم بن سلام ، أحد أئمة الإسلام فقهاً ولغة وأدباً ، له تصانيف مشهورة ، أخذ العلـم عـن الشافعي ، والقراءات عن الكسائي ، كان عابداً يقسم الليل أثلاثاً فيصلي ثلثه وينام ثلثه ويصنف ثلثه ، ولي قضاء طرسوس ، توفي بمكة سنة ٢٢٤هـ . ابن قاضي شهبة ، **طبقات الشافعية** ، ج٢ ، ص ٦٧-٦٩ . الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ص ١٠٢ .

([٨]) **الزهري :** هو محمد بن مسلم بن عبيد ا بن عبد ا بن شهاب الزهري ، كان حافظ زمانه ، روى عن ابن عبد الملك ، كان يكتب كل ما يسمع في ألواح ، وكان فقيهاً كبيراً ، توفي سنة ١٢٤هـ . الذهبي ، **سير أعـلام النبلاء** ، ج٥ ، ص ٣٢٦-٣٥٠ .

([٩])المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٤٩ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٤٤٢ .

([١٠])**غنمه :** زيادته . **غرمه :** هلاكه ونقصه . الشافعي ، **مسند الشافعي** ، ص ١٤٨ .

([١١])رواه الحاكم واللفظ له ، **المستدرك على الصحيحين** ، ج٢ ، ص ٥١ . **قال الحاكم :**حديث صـحيح علـى شرط الشيخين ولم يخرجاه . ورواه الشافعي ، **مسند الشافعي** ، ص ١٤٨ . **وقال الزيلعي :** الحـديث إسـناده صحيح . الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٦ ، ص ٢٦٨ .

([١٢])المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٥٠ .

([١٣])المصدر نفسه ، ج١٣ ، ص ٢٤٩ .

([١٤])المصدر نفسه ، ج١٣ ، ص ٢٥٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٤١٠ .

([١٥])ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٤٤٣ .

٥- لأن يده على الرهن يد أمانة لا تضمن إلا بالتقصير أو التعدي[٢] .

القول الثاني : يضمن المرتهن ما أتلفه بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين[٣] ، وبذلك قـال : الحنفية[٤] ، وعمر ﷺ والثوري[٥] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[٦] :

١-لأنها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك كحقيقة المستوفى .

٢-ولأنه محبوس بدين فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه .

القول الثالث : يضمن المرتهن ما أتلفه بكمال قيمته ، ثم يتـرادان ، وبـذلك قـال : علـي ﷺ وإسحاق بن راهويه[٧] .

القول الرابع : يسقط جميع دين المرتهن ، سواء أكانت قيمته أكثر من قدر الدين أو أقل أو كانا متساويين ، وبذلك قال : الشعبي[٨] والحسن البصري[٩] .

القول الخامس : إن هلك الرهن هلاكاً ظاهراً كأن احترق ، فلا ضمان على المرتهن ، وإن هلك هلاكاً خفياً فهو مضمون عليه ، وبذلك قال : المالكية[١٠] ، وإسحاق بن راهويه[١١] .

المناقشة والترجيح :

١-أن الأدلة التي استدل بها الفريق الأول أقوى من أدلة الفريق الثاني .

٢-أن يد المرتهن على المرهون يد أمانة،فلا تضمن إلا في حال التعدي أو التفريط،ولم يوجدا .

٣-أن الرهن وثيقة بالدين ، فلا ضمان فيه .

٤-أن عقد الرهن عقد أمانة كعقد الوديعة ، فلا يضمن إلا بالتعدي .

---

(١) المصدر نفسه ، ج٤ ، ص ٤٤٣ .

(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٤٩-٢٥٠ .

(٣)**توضيح ذلك :** فإذا هلك فإن كان الدين مائة وقيمة الرهن تسعين ضمنه بتسعين وبقي له من الرهن عشـرة ، وإن كان الدين تسعين وقيمة الرهن مائة سقط الرهن وسقط جميع دينه ، ولا يرجع الراهن عليه بشيء لسـقوط جميع دينه . انظر ، المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٤٩ .

(٤)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٤٣ .

(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٤٩ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٤٤٢ .

(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٤٤٣ .

(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٥٠ .

(٨)**الشعبي :** هو عامر بن شراحيل بن عبد ، من شعب همدان ، تابعي أدرك خمسمائة صحابي ، كان فقيهـاً ، قال مكحول:ما رأيت أفقه منه ، توفي بالكوفة سنة ١٠٣هـ .ابن حجر، **تهذيب التهذيب** ،ج٥،ص ٦٠-٦٢ .

(٩)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٥٠ .

(١٠)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ، ص ٢٩٨ .

(١١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٣ ، ص ٢٥٠ .

فالراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على المرتهن .

فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا أمر شخص شخصاً آخر أن يبيع له سلعة بالدين ، فباعها الوكيل وأخذ رهناً ولم يأمره صاحب السلعة أن يأخذ عليها رهناً ، فتلف الرهن قبل أن يعلم به صاحب السلعة ، فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : المالكية[١] . فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المسألة الخامسة

إذا أخذ رهناً من شخص ، فقام المرتهن وجعله وديعة عند الراهن أو عند أحد أولاده ، فلا ضمان على المرتهن ؛ لأنه يحفظ المرهون على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ، وإنما يحفظ مال نفسه بيد هؤلاء عادة ، فكذلك المرهون ، وبذلك قال : الحنفية [٢] .

فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المسألة السادسة

إذا رهنه سيارة ، ثم ركبها المرتهن بدون إذن الراهن ، ثم ترك ركوبها فتلفت بعد ذلك بدون أن يستعملها المرتهن ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه بعد تركه لاستعمالها بمنزلة المودَع لا بمنزلة المستعير ، والمودَع إذا خالف ثم ترك الخلاف برئ من الضمان ، وبذلك قال:الحنفية[٣] .

فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

الفرع الثاني

وجود الإذن

يعد وجود الإذن مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا كان الشيء المرهون دابة ، فأذن المرتهن للراهن أن يضربها فهلكت الدابة ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه مأذون فيه ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والحنابلة[١] .

---

(١)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ، ص ٢٩٨ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢١ ، ص ١٥٦ .
(٣)المصدر نفسه ، ج٢١ ، ص ١٦٢ .الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٣٦ .
(٤)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١٠ ، ص ١١٦ .

فالمانع من الضمان هو وجود الإذن من الراهن في ذلك .

المسألة الثانية

إذا وكل الراهن رجلاً عدلاً[٢] في بيع المرهون ، فباع العدل بإذن الحاكم لموت الراهن أو لغيبته وأخذ الثمن ، فتلف الثمن في يده ، وخرج الرهن مستحقاً للغير ، فللمشتري الرجوع في مال الراهن ، فهل يجب الضمان على العدل أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على العدل ؛ لأنه نائب الحاكم ، والحاكم لا يطالب بذلك فكذلك نائبه ، وبذلك قال : المالكية[٣] ، والشافعية في الأصح[٤] ، والحنابلة[٥] .

القول الثاني : يضمن العدل ، قياساً على الوكيل والوصي ، وبذلك قال : الشافعية في قول [٦].

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على العدل ؛ لأنه باع بإذن الحاكم ، ووجود الإذن يمنع من ترتب الضمان عليه . فالمانع من الضمان هو وجود الإذن من الحاكم صراحة .

المسألة الثالثة

إذا رهنه سيارة فركبها المرتهن وقادها وانتفع بها بإذن الراهن ، فتلفت السيارة ، فلا ضمان على المرتهن ؛ لأنه فعل ذلك بإذن الراهن ؛ ولأن وجوب الضمان باعتبار التعدي وهو في الانتفاع المأذون فيه لا يكون متعدياً ، وبذلك قال : الحنفية[٧] .

فالمانع من الضمان هو وجود الإذن من الراهن في ذلك .

المسألة الرابعة

إذا استعار ثوباً من شخص ليرهنه ، فتلف الثوب قبل أن يرهنه أو بعد أن فكه من الرهن ، فلا ضمان عليه ؛ لأن حفظه العين كان بإذن المالك ، وبذلك قال : الحنفية[٨] .

---

(١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٤٠٤ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٣٩٣ .
(٢)**العدلُ :** هو من اجتنب الكبائر ، ولم يصر على الصغائر ، وغلب صوابه ، واجتنب الأفعال الخسيسة كالأكل في الطريق . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١٥٠ .
(٣)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ، ص ٣٢٨ .
(٤)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١٠ ، ص ١٣١ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٣٩٤ .
(٦)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١٠ ، ص ١٣١ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢١ ، ص ١٠٨ .
(٨)المصدر نفسه ، ج٢١ ، ص ١٥٩ .

فالمانع من الضمان هو وجود الإذن من الراهن في ذلك .

المسألة الخامسة

إذا رهنه شاة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة وما حلبت فهو حلال لك ، فحلب وشرب ، فلا ضمان على المرتهن ؛ لأن المالك أذن له بالاستهلاك ، ولا يسقط شيء من دين المرتهن ، بذلك قال : الحنفية[١] .

فالمانع من الضمان هو وجود الإذن من الراهن في ذلك .

الفرع الثالث

يد الأمانة

تعد يد الأمانة مانعة من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا تزوج رجل من امرأة وسمى لها مهراً وأعطاها رهناً بقيمة مهرها ، ثم بعد ذلك أبرأته[٢] أو وهبته المهر ، ولم يقبض الرهن حتى هلك عندها ، فلا ضمان عليها ؛ لأن يدها يد أمانة ، وبذلك قال : الحنفية[٣] ، والحنابلة[٤] . فالمانع من الضمان هو أن يد المرتهن يد أمانة .

الفرع الرابع

قصد الحفظ

يعد قصد الحفظ مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا رهنه ساعة فقام المرتهن ووضع الساعة المرهونة مع ساعته ، فلا ضمان على المرتهن في هذه الحالة ؛ لأنه إنما فعل ذلك بقصد الحفظ لا بقصد الاستعمال ، بدليل أنه لبسها مع ساعته ومن فعل ذلك لم يكن مستعملاً للساعة المرهونة ، وبذلك قال : الحنفية[١] .

فالمانع من الضمان هو قصد الحفظ من المرتهن .

المسألة الثانية

إذا رهنه أشجاراً مثمرة ، فقام المرتهن بقطع الثمار خوفاً عليها من التلف بغير إذن الراهن ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **للحنفية قولان**[٢] **:**

---

(١)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٦٣-١٦٤ .

(٢)**الإبراء :** هو إسقاط الحق الثابت في الذمة . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٣٨ .

(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢١ ، ص ٩٢ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٥٥ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٤ ، ص ٤٤٣ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٣ ، ص ٣٩٧ .

القول الأول : لا ضمان عليه استحساناً ؛ لأن هذا من الحفظ فإنه إن تركها على رؤوس الأشجار فسدت الثمار ، فقطعها في أوانها حفظ لها ، وحفظ المرهون حق المرتهن .

القول الثاني : يضمن المرتهن ذلك قياساً ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على المرتهن ؛ لأنه قصد حفظ الثمار على الراهن ، ولأن حفظ المرهون حق للمرتهن .

فالمانع من الضمان هو قصد الحفظ من المرتهن .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢١ ، ص ١٠٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ، ص ١٤٨ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢١ ، ص ١٠٩ .

الفصل الثالث

موانع ضمان الأفعال الضارة بالأموال

ويشتمل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : موانع ضمان الغصب .

المبحث الثاني : موانع ضمان الأشياء المحرمة .

المبحث الثالث : موانع ضمان أموال المحاربين والبغاة .

المبحث الأول

موانع ضمان الغصب

حرمت الشريعة الإسلامية على المسلم أن يغصب[١] مال غيره ، وعدت يد الغاصب يد ضمان[٢] على ما أخذت من أموال الآخرين ، لكن قد يطرأ ما يمنع ترتب الضمان على الغاصب في بعض الحالات ، لذلك ومن خلال هذا المبحث سوف نقوم بالتعرف على هذه الموانـع مـن خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : انتفاء الحق .

المطلب الثاني : عدم وجود قيمة للمغصوب .

المطلب الثالث : زوال ما يوجب الضمان .

المطلب الرابع : عدم مباشرة الفعل **.**

المطلب الخامس : عدم التعدي .

المطلب السادس : الإبراء .

المطلب السابع : عدم ثبوت اليد على المغصوب .

المطلب الأول

انتفاء الحق

يعد انتفاء حق المغصوب منه مانعاً من ترتب الضمان على الغاصب ، ويظهر ذلك من خلال المسالة الآتية :

إذا غصب شخص شيئاً من آخر ، فاختلفت قيمة المغصوب من حين الغصب إلى حـين الرد ، فهل يلزم الغاصب ضمان ما نقص من قيمته أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الغاصب ، وبذلك قال : المالكية[٣] ، والشافعية[٤] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٥] :

---

(١)**الغصب :** أخذ مال متقوم محترم بلا إذن مالكه بغير خُفية . انظر ، الجرجاني ، **التعريفـات** ، ص ١٦٤ . **أو :** الاستيلاء على حق الغير عدواناً . انظر ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٧٥ .

(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٥٨ .

(٣)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ، ص ٣٤٧ .

(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٢٧ .

(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٢٧ .

١-أن الغاصب إنما يضمن ما غصب ، والقيمة لا تدخل في الغصب .

٢-أن المغصوب منه لا حق له في القيمة مع بقاء العين ؛ لأن حقه في العين وهي باقية ، فلم يلزمه شيء .

القول الثاني : يضمن الغاصب ما نقص من القيمة ، وبذلك قال : الحنفية [١] ، والحنابلة[٢] ، والإمامية[٣] ، وأبو ثور[٤] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن الغاصب يضمن قيمة ما نقص من القيمة قياساً على ضمانه زيادة العين[٥] .

٢-لأن ضمان النقصان واجب على الغاصب ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ممن له الحق[٦].

المناقشة والترجيح :

أن الغاصب لا يضمن ما نقص من قيمة المغصوب ؛ لأن القيمة ليست داخلة في الغصب ، كما أن القيمة لا يستحقها المغصوب منه ما دامت العين باقية ؛ لأن حقه في العين وهي باقية .

فالراجح هو القول الأول ، فلا يضمن الغاصب ما نقص من قيمة المغصوب .

فالمانع من الضمان هو انتفاء حق الغاصب .

المطلب الثاني

عدم وجود قيمة للمغصوب

يعد عدم وجود قيمة للمغصوب مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى :

إذا غصب عصيراً وغلاه فنقصت عينه إلى النصف ولم تنقص قيمته ، فهل يضمن قيمة الناقص من العين أم لا ؟ **للشافعية قولان[٧] :**

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٥٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٥٤ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٩٨ .
(٣)الحلي ، **مختلف الشيعة** ، ج٦ ، ص ١١٦ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٢٧ .
(٥)المصدر نفسه، ج١٤، ص ٢٢٧ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٥٨ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٤١ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٩٠ .

القول الأول : لا يضمن ما نقص من العين ؛ لأن نقص العصير كان باستهلاك الماء والرطوبـة فيه ، وهذه لا قيمة لها ؛ لأن حلاوة العصير باقية لم تنقص .

القول الثاني : يضمن النصف الناقص من العين ، وذلك قياساً على نقص الزيت .

المناقشة والترجيح :

أن القياس على الزيت لا يصح ؛ لأن نقصان الزيت باستهلاك أجزائه ، ولأجزائه قيمـة فضمنها بمثلها[١] .

فالراجح هو القول الأول ، فلا يضمن ما نقص من العصير ؛ لأن الناقص لا قيمة له .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود قيمة للمغصوب .

المسألة الثانية :

إذا غصب شاة حاملاً فألقت الشاة المغصوبة حملاً ميتاً ، فهل يضمن الغاصب ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حياً ، ؛ لأنه غصبه بغصب الأم ، فضـمنه بالتلاف كالأم ، وبذلك قال : الحنفية[٢] ، والشافعية في القول الثاني[٣] .

القول الثاني : لا يضمن الغاصب ذلك ؛ لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالـك ، وهـو حال الوضع ، ولا قيمة له في تلك الحال ، فلم يضمن ، وبذلك قال : الشـافعية فـي قـول[٤] ، والحنابلة[5] ، والإمامية[١] .

المناقشة والترجيح : أن الحمل وإن لم يكن له قيمة عند الوضع لكونه ولد ميتاً ، لكن الغاصـب يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حياً ؛ لأنه مغصوب ، ويد الغاصب يد ضمان .

فالراجح هو القول الأول ، فيضمن الغاصب الحمل الميت بقيمته يـوم التلـف ؛ لأنـه غصبه مع الأم ، فيكون مضموناً عليه كالأم .

فالمانع من الضمان بناءً على القول الثاني غير الراجح هو عدم وجود قيمة للمغصوب .

المسألة الثالثة :

إذا كان المغصوب منفعة الدار ، فهل يلزم الضمان في هذه الحالة أم لا ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٤٢ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٥٨ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٤٨ .
(٤)المصدر نفسه، ج١٤، ص ٢٤٨ .
(5)ابن قدامة ، **المغني** ، ج5 ، ص ٤٠٧ .

القول الأول : أن من غصب منفعة ضمنها ، وبذلك قال : الشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٤] :

١-أن المنفعة مال متقوم ، فيضمن بالإتلاف كالعين .

٢-أن مالية الأشياء تعرف بالتمول ، والناس اعتادوا تمول المنفعة بالتجارة فيها ، فـإن أعظـم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة .

٣-أن المنفعة تصلح أن تكون مهراً ، وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالاً .

القول الثاني : أن المنافع لا تضمن في حالة غصبها ، وبذلك قال : الحنفيـة[٥] ، إلا أن يكـون المغصوب وقفاً ، أو كان ليتيم صغير أو معداً للاستغلال فتضمن والفتوى على ذلك عند متأخري الحنفية[٦] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[٧] :

١-أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة .

٢-أن الإتلاف لا يتصور في المنفعة ؛ لأن فعل الإتلاف لا يؤثر بما هو معدوم .

المناقشة والترجيح :

١-أن قياس المنفعة على الخمر والميتة قياس غير صحيح ، كما أن دعوى الحنفية بأنهـا مـال غير متقوم لا تصح .

٢-أن دعوى أن المنفعة من الأشياء المعدومة وأن الإتلاف لا يؤثر بما هو معدوم ، دعـوى لا تستقيم ، فمنافع الأشياء من الأمور المحسوسة والملموسة .

٣-أن المنفعة مال متقوم ، فتضمن إذا تم إتلافها كالعين .

٤-أن المنفعة يمكن تمولها ، مما يعني وجود قيمة مالية لها ، فتكون مضمونة .

فالراجح هو القول الأول ، فتكون المنفعة مضمونة في حال الغصب .

فالمانع من الضمان هو عدم وجود قيمة للمغصوب بناءً على القول الثاني غير الراجح .

---

(١)الحلي ، **مختلف الشيعة** ، ج٦ ، ص ١٣٣ .
(٢)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١١ ، ص ٣٤٤ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٣٥ .

(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٨ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٣٥ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٨ .
(٦) الحصكفي ، **الدر المختار** ، ج٦ ، ص ٤٨٤ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٩ .

المطلب الثالث

زوال ما يوجب الضمان

يعد زوال موجب الضمان مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية

المسألة الأولى :

إذا غصب عيناً كشاة مثلاً فهزلت هذه الشاة ، ونقصت قيمتها ، ثم سمنت وعادت قيمتها ، فهل يضمن الغاصب ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الغاصب ؛ لزوال ما أوجب الضمان فسقط الضمان ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض ، وبذلك قال : الشافعية في قول[١] ، والحنابلة [٢] ، والزيدية[٣] .

القول الثاني : يضمن الغاصب ؛ لأن السمن الثاني غير الأول ، فلا يسقط به ما وجب بالأول ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٤] ، والحنابلة[٥] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الغاصب ، وذلك لـزوال مـا يوجب الضمان ، فالشاة عادت إلى ما كانت عليه من السمن . فالمانع من الضمان هو زوال مـا يوجب الضمان.

المسألة الثانية :

إذا نقص المغصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده ، فهل يضمن الغاصب نقصه أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول :لا يضمن؛لأنه لا يعلم قدر نقصه ،وبذلك قال:الشافعية في قول[٦] ، والحنابلة [٧] .

القول الثاني : يضمن،وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[٨] ، والحنابلة في الرواية الثانية[٩] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٤٢ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٩٠ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٩٨ .
(٣)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥٣٨ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٤٢ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٩٠ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٩٨ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٥٦ .
(٧)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٩١ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٥٦ .
(٩)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٩١ .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان في هذه الحالة ؛ لأن النقص غير مستقر ، فهو يحتمل الفساد ويحتمل عدمه ، وفي الغالب يزول المعنى الموجب للضمان في مثل هذه الحالة . فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو زوال ما يوجب الضمان .

المسألة الثالثة :

إذا غصب أرضاً وحفر فيها بئراً كان متعدياً بحفرها ، فعلى الغاصب سدها ، فإن منعه المالك من سدها ولم يبرئه المالك من ضمان ما يتلف فيها ، فللغاصب سدها ، ويسقط عنه الضمان ؛ لأنه أزال ما يوجب الضمان عليه بسدها ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والزيدية[٢] ، والإمامية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو زوال ما يوجب الضمان .

المطلب الرابع

عدم مباشرة الفعل

تعد عدم مباشرة الفعل مانعة من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى :

إذا فتح قفصاً على طائر ، فوقف الطائر برهة ثم طار ، فهل يجب عليه الضمان أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : أبو حنيفة وأبو يوسف [٤] ، والشافعية[٥] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٦] :

١-لأنه وجد منه سبب غير ملجئ ، ووجد من الطائر مباشرة ، والسبب إذا اجتمع مع المباشرة سقط حكمه ، كما لو حفر بئراً فسقط فيها إنسان باختياره .

٢-أن للطائر اختياراً يتصرف به .

القول الثاني : يضمن ، وبذلك قال : المالكية[٧] ، والحنابلة[٨] ، ومحمد [٩] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٦١ .
(٢)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥٣٧ .
(٣)الحلي ، **مختلف الشيعة** ، ج٦ ، ص ١٢١ .
(٤)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٦ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٨٥-٢٨٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٧٨ .
(٦)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٦ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٨٥-٢٨٩ .
(٧)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٤٤٥ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٤٩-٤٥٠ .
(٩)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٦ .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[١] :

١-أن فتح القفص من أسباب التلف المضمونة ، فوجب أن يتعلق به الضمان .

٢-ولأن كل ما تعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عـن سببه ، كالجارح يضمن إن تعجل التلف أو تأجل .

المناقشة والترجيح :

١-أن الطائر هو من باشر الطيران ، والغاصب هو متسبب ، والقاعـدة تقـول : (**إذا اجتمـع المباشر والمتسبب قدم المباشر**) .

٢-أن الطائر تصرف باختياره ؛ لأنه وقف برهة ثم طار .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الفاعل في هذه الحالة .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم مباشرة الفعل من قبل الغاصب .

المسألة الثانية :

إذا فتح وعاءً فيه سمن ولم يخرج منه شيء في الحال ، ثم هبت ريـح فسـقط الوعـاء وتلف ما فيه ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يجب الضمان ؛ لأن تلفه لم يكن بفعله المباشر ، فلم يضـمنه ، وبـذلك قـال: الحنفية[٢] ، والشافعية[٣] ، وبعض الحنابلة[٤] .

القول الثاني : يجب الضمان ؛ لأنه تلف بسبب فعله ، وبذلك قال : الحنابلة[٥] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان ، لعدم المباشرة من الغاصـب؛وإنما كان متسبباً. والقاعدة تقول : (**إذا اجتمع المباشر والمتسبب قدم المباشر**) .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم مباشرة الفعل من الغاصب .

المطلب الخامس

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى :

---

(١)المصدر نفسه،ج٧،ص١٦٦ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٨٨ . ابن قدامة ، **المغنـي** ،ج٥ ، ص ٤٥٠ .

(٢)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٦ .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٨٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٧٨ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٥١ .

(٥)المصدر نفسه، ج٥ ، ص ٤٥١ .

إذا أشعل ناراً على سطح بيته ، وكان إشعالها مما جرت به العادة ، فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والحنابلة[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية :

إذا غصب شاة فتبعها ولدها الذي من شأنه أن يتبعها ، فهل يضمن الغاصب الولد أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا يضمن الغاصب الولد ؛ لأنه لم يغصبه ولم يستول عليه ، وبذلك قال : الشافعية[٣] ، وبعض الزيدية[٤] .

القول الثاني : يضمنه ، وبذلك قال : بعض الزيدية[٥] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الغاصب ؛ لأنه لم يغصب الولد ولم يستول عليه ، فلا يوجد منه تعدٍ أو تفريط بالنسبة للولد .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة :

إذا غصب شاة قيمتها مائة دينار ، ثم زادت هذه الشاة أثناء الغصب زيادة متصلة كأن سمنت ، ثم هزلت بعد ذلك،فهل يضمن الغاصب ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه إن هلكت بلا تعد منه ؛ لأنها أمانة في يده ، وبذلك قال :الحنفية[٦].

القول الثاني : يجب ضمانها ؛ لأنها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدية فتحدث مضمونة ، قياساً على زوائد الصيد المخرج من الحرم ؛ لأن المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل ، والأصل مضمون ، وبذلك قال : الشافعية[٧] ، والحنابلة[٨] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الغاصب ؛ لأن الزيادة كانت عند الغاصب ثم عادت إلى ما كانت عليه قبل الغصب ، فلم يوجد منه تعدي في ذلك .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٨٧ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٥٣ .
(٣)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ، ص ٢٧٦ .
(٤)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥٣٦ .
(٥)المصدر نفسه، ج٣ ، ص ٥٣٦ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٥٤-55 .
(٧)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١١ ، ص ٣٠٧ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٣٩٨ .

المسألة الرابعة :

رجل غصب داراً من شخص وسكنها ، فانهدمت الدار بغير فعله وصنعه ، فهل يضمن الغاصب ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن الغاصب، وبذلك قال:الشافعية[١] ،وأبو يوسف في القول الأول ،ومحمد[٢].

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا على قولهم بأدلة من السنة والمعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة :

١-قول رسول ا ﷺ ﴿ **من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوقه ا إياه يوم القيامة من سبع أرضين** ﴾[٣] .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أطلق لفظ الغصب على العقار ، وكذلك من حيث العرف ، يقال : غصب دار فلان ، وفيه إمكان غصب الأرض [٤] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[٥] :

١-أن دعوى الغصب في العقار تسمع .

٢-أن العقار يملك بالاستيلاء يداً ، فيضمن بالغصب يداً كالمنقول .

القول الثاني : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : أبو حنيفة ، وأبو يوسف في قوله الثاني[٦] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن العقار لا يضمن بالغصب في القياس[٧] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيضمن الغاصب إتلاف الدار ؛ لأنه بمجرد وضع يده عليها بالغصب تصبح مضمونة عليه ؛ لأن يده يد ضمان لما في الغصب من التعدي على حقوق الآخرين .فالمانع من الضمان هو عدم التعدي بناءً على القول الثاني غير الراجح .

المطلب السادس

الإبراء

يعد إبراء المغصوب منه للغاصب مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

---

(١)الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١١ ، ص ٣٥٧ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٣ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٥ .
(٣)رواه مسلم واللفظ له ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ٥٨ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٣ . النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١١ ، ص ٥٠ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٣ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٣ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٥ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٣ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٥ .

غصب من رجل سيارة ، فقال المغصوب للغاصب أبرأتك عن الغصـب ، ثـم هلكـت السيارة ، فهل يضمن الغاصب ذلك أم لا ؟ **للحنفية قولان**[١] **:**

القول الأول : لا يضمن الغاصب في هذه الحالة ، لوجود الإبراء من قبـل المغصـوب منـه ، وبذلك قال : جمهور الحنفية .

القول الثاني : يضمن قيمة المتلف ؛ لأن الإبراء عن العين لغو ، فإن الإبراء إسـقاط والعـين ليست بمحل له ، إذ لا تسقط حقيقة ، ولا يسقط ملك المالك عنها أيضاً ، وإضافة التصرف إلـى غير محله لغو ، وبذلك قال : زفر .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الغاصب في هذه الحالـة ؛ لأن صدور الإبراء من صاحب الحق مانع من الضمان ؛ لأنه إبراء صادر من مسـتحقه ، فيكـون صحيحاً .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإبراء من صاحب الحق .

المطلب السابع

عدم ثبوت اليد على المغصوب

يعد عدم ثبات اليد على المغصوب مانعا من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك مـن خـلال المسألة الآتية:

إذا غصب أرضاً فتلفت بعد الغصب ، فهل يضمنها أم لا ؟ **للفقهاء قولان :**

القول الأول : تضمن بالغصب ، وبذلك قال جمهور الفقهاء من المالكيـة[٢] ، والشـافعية [٣] ، والحنابلة[٤] ، وأبي يوسف في قول آخر ومحمد [٥] .

وحجتهم : القياس على المنقول المتفق على أنه يضمن بعد النقل بجامع الاستيلاء الحاصل فـي نقل المنقول ، وفي ثبوت اليد على غير المنقول ، والحق أن ثبوت اليد استيلاء وإن لم ينقل[٦] .

القول الثاني : لا تضمن ؛ لأنه إنما يضمن ما أخذه ، وبذلك قال : أبو حنيفة وأبو يوسف[١] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ١٠٧ .
(٢) الآبي ، **الثمر الداني** ، ص ٥٦٧ .
(٣) الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١١ ، ص ٢٥١-٢٥٢ .
(٤) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٩٩ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٣ .
(٦)الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٧٠ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٠٠ .

وحجتهم : قوله ﷺ ﴿ **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** ﴾[٢] . قالوا : ولا يقاس ثبوت اليد في غير المنقول على النقل في المنقول ، لاختلافهما في التصرف[١] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول فتضمن الأرض إذا تلفت قياساً على المنقول المتفق على أنه يضمن بعد النقل ، وأيضاً ثبوت اليد على غير المنقول ، وثبوت اليد استيلاء .

فالمانع من الضمان بناء على القول الثاني غير الراجح هو عدم ثبوت اليد على المغصوب .

(١) السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٧٣ . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٧٠ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٠٠ .
(٢) سبق تخريجه ، ص (١٢٣) .

المبحث الثاني

موانع ضمان الأشياء المحرمة

حرمت الشريعة الإسلامية على المسلم كل ما فيه ضرر عليه ، وذلك محافظـة علـى مصالح العباد في الدنيا والآخرة ، ومن خلال هذا الموضوع سوف نتعرف إلى موانع الضـمان في حال إتلاف مثل هذه الأشياء من خلال المطلب الآتي :

كون المتلف محرم الاستعمال

يعد كون الشيء المتلف محرم الاستعمال مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلـك مـن خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى :

إذا كان المال المتلف من جنس الأثمان ، وهو محظور الاستعمال كأواني الذهب والفضة ، فهل تكون صياغتها مضمونة أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا تكون صياغتها مضمونة ، وبذلك قال : الشافعية[٢] ، والحنابلة فـي الروايـة الصحيحة[٣] ، والظاهرية[٤] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٥] :

١-أن اقتناء هذه الأواني محظور ومحرم فلا تضمن صياغتها .

٢-أنها معصية لا تقر فلم تضمن قياساً على صنعة آلات الموسيقى ، فلا تضـمن صـنعتها إذا تلفت أوتارها .

القول الثـاني : أن صياغتها مضمونة ؛ لأن ادخارها واقتناءها مباح ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٦] ، والحنابلة في رواية[٧] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا يضمن المتلاف صياغة أواني الذهب والفضة إذا أتلفها ، وذلك لما يأتي :

---

(١) الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٧٠ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٢٠٠ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٣٦ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٤٦ .
(٤)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ١٤٧ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٣٦ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٤٦ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٣٦ .
(٧)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ، ص ٤٤٦ .

١-أن استعمال هذه الأواني واقتنائها محرم ، بدليل قوله ﷺ :﴿ ... **لا تشربوا في آنية الـذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها...** ﴾[١] . فمن أتلفها على مالكها لا يضمنها للنهي عن اقتنائهـا على هذه الحالة .

٢-أن إبقائها على تلك الحالة يعد معصية ، فلا يقر على تلك المعصية ، فمن أتلفها لا يضـمن صياغتها للمعصية فيها .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو كون المال المتلف محرم الاستعمال .

المسألة الثانية :

إذا أتلف خمراً لمسلم ، فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفيـة[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، والظاهرية[٦] ، والزيدية[٧] ، والإمامية[٨] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١-قول رسول ا ﷺ ﴿ ... **وإن ا إذا حرم على قوم أكل شئ حرم عليهم ثمنه** ﴾[٩] .

٢-قال رسول ا ﷺ ﴿ **إن ا ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام** ﴾[١٠] .

٣-قال أبو طلحة يا رسول ا : إني اشتريت خمراً لأيتام في حجري ، فقال : ﴿ **أهرق الخمـر واكسر الدنان** ﴾[١١] .

وجه الدلالة : أن ا تعالى حرم هذه الأشياء وحرم أثمانها ، كما حرم الانتفاع بها[١٢] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي :

١-لأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل قياساً على الميتة والدم[١٣] .

---

(١)رواه البخاري بلفظه ، **صحيح البخاري** ، ج٦ ، ص ٢٠٧ .ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٦ ، ص ١٣٧ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٩٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٧ .
(٣)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٥ ، ص ٣٦٦ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ، ص ٣١٨ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٧٤ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج5 ، ص ٤٤٣ .
(٦)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ١٤٧ .
(٧)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٥٤٨ .
(٨)الحلي ، **مختلف الشيعة** ، ج٦ ، ص ١٣٢ .
(٩)رواه أبو داود بلفظه ، **سنن أبي داود** ، حديث رقم(٣٤٨٨) ، ج٢ ، ص ١٤٢ . وأخرجه أحمد ، **مسند أحمد** ، ج١ ، ص ٢٤٧ . ورواه البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٣ . **قال الشـوكاني :** إن رجال الإسناد ثقات ، انظر ، الشوكاني ، **السيل الجرار** ، ج٣ ، ص ٢٤ .
(١٠) رواه البخاري ، بلفظه ، **صحيح البخاري** ، ج٣ ، ص ٤٣ .
(١١) رواه الترمذي بلفظه ، **سنن الترمذي** ، حديث رقم (١٣١١) ، ج٢ ، ص ٣٧٩-٣٨٠ . قال الترمذي : هذا الحديث أصح من حديث الليث . الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٦ ، ص ٢٤٥ .
(١٢)النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١١ ، ص ٦ .
(١٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٧٥ .

٢-لأن الخمر ليس بمال متقوم ، فإن الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله[١] .

٣-أن هذه عين لا يصح تملكها للمسلم ، فلا تكون مضمونة عليه[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود قيمة للمغصوب .

المسألة الثالثة :

إذا أتلف آلات الملاهي كالمزامير ونحوها ، فهل يضـمن ذلـك أم لا ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال:الشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ،والظاهرية[٥]،والصاحبان[٦].

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من السنة ومن المعقول بما يأتي :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١- قال رسول ا ﷺ يوم فتح مكة ﴿ **إن ا ورسوله حرم بيع الخمر والميتة ...** ﴾ [٧] .

وجه الدلالة : أن هذه لا قيمة لها ، فإذا أتلف ما لا قيمة له لا يضمن[٨] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي :

١-أن هذه آلة لهو وفساد ، فلم تكن متقومة قياساً على الخمر[٩] .

القول الثاني : يضمن قيمته خشباً ، وبذلك قال : أبو حنيفة[١٠] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن هذه الآلة كما تصلح للهو تصلح للانتفاع بها من وجه آخر ، فكان مالاً متقوماً من ذلك الوجه [١١] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من أتلف آلات اللهو،لما يأتي :

١-أن هذه آلات محرمة الاستعمال ، لما فيها من المعصية فجاز إتلافها بلا ضمان ؛ لأنه مـن باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

٢-أن هذه آلات لا قيمة لها شرعاً فلا تضمن .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٩٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٧ .
(٢)الحلي ، **مختلف الشيعة** ، ج٦ ، ص ١٣٢ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٧٥ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج5 ، ص ٤٤٥ .
(٥)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٨ ، ص ١٤٧ .
(٦)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ .
(٧)سبق تخريجه ،ص (١٨٠) .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٤، ص ٢٧٥ .
(٩)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ .
(١٠)المصدر نفسه، ج٧ ، ص ١٦٨ .
(١١)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود قيمة للمغصوب .

المبحث الثالث

موانع ضمان أموال المحاربين والبغاة

عندما يحارب المسلم الحربي[١] أو الباغي[٢] ، ينتج عن هذه الحرب إتلاف أموال لكـلا الطرفين المتنازعين ، وذلك حال نشوب القتال بينهم ، لذلك سوف نتعرف على الحـالات التـي يمتنع فيها ترتب الضمان على كلا الفريقين ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : موانع ضمان أموال المحاربين .

المطلب الثاني : موانع ضمان أموال البغاة .

المطلب الأول

موانع ضمان أموال المحاربين

إذا وقع قتال بين أهل دار الإسلام ، وبين أهل دار الحرب ، مما لاشك فيه أن هذا القتال سيؤدي إلى إتلاف أموال لكلا الفريقين المتنازعين ، وإتلاف المال في الغالـب يترتـب عليـه الضمان ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في مثل هذه الحالة من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

عدم إمكانية التضمين

تعد عدم إمكانية التضمين مانعة من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية:

إذا أتلف المسلم مال الحربي أو العكس ، فلا ضمان في هذه الحالة على المتلف ؛ لأنه لا فائدة في وجوب الضمان لعدم إمكان الوصول إلى الضمان ، لانعدام الولايـة ، وبـذلك قـال : الحنفية[٣]،والمالكية[٤]،والشافعية[٥]،والحنابلة في رواية[٦]،والظاهرية[٧]،والزيدية[٨]،والإمامية[٩].

---

(١)**الحربي :** هو الكافر الذي يحمل جنسية الدولة الكافرة المحاربة للمسلمين . انظـر ، قلعجـي ، **معجـم لغـة الفقهاء** ، ص ١٧٨ .

(٢)**الباغي :**الخارج عن طاعة الإمام بغير حق . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ١٠٣ .

(٣)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ١٦٨ .

(٤)الدردير ، **الشرح الكبير** ، ج٢ ، ص ١٩٠ .

(٥)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٤٧٦ .الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٢٣٣ .

(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٨٤ .

(٧)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٧ ، ص ٣٠٦ .

(٨)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٥٥٢ .

(٩)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢١ ، ص ١٠٩-١١٠ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم إمكانية التضمين .

الفرع الثاني

كون المتلِف ليس من أهل الضمان

يعد كون المتاف ليس من أهل الضمان مانعاً من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أتلف الحربي مال المسلم ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يلتزم الضمان ، وبذلك قـال : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والظاهرية[٥] ، والزيدية[٦] ،والإمامية[٧].

---

(١)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ٩٠ .
(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٢ ، ص ١٨ .
(٣)النووي ، **المجموع** ، ج٢ ، ص ١٦١ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٤٨٣ .
(٥)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٧ ، ص ٣٠٦ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٦٠ .
(٧)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢١ ، ص ٨١ ، ١٠٨ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو كون من أتلاف المال ليس من أهل الضمان .

المطلب الثاني

موانع ضمان أموال البغاة

إذا خرجت جماعة من أهل الإسلام على الإمام العدل وكان لهم تأويل سائغ ، ولهم منعة وقوة ، فهؤلاء بغاة ، فعلى الإمام قتالهم والقضاء عليهم ، وحدوث هذا القتال بين الطرفين يترتب عليه إتلاف للأموال ، والإتلاف في الأصل يترتب عليه الضمان ، لكن الضمان قد ينتفـي فـي بعض الأحيان ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أتلاف العادل مال الباغي في حال القتال ، فلا ضمان على العادل ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفيـة[١] ، والمالكيـة[٢] ، والشـافعية[٣] ، والحنابلـة[٤] ، والزيديـة[٥] ، والإمامية[٦] . فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو تنفيذ أمر الشارع .

الفرع الثاني

وجود المصلحة

يعد وجود مصلحة عامة مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أتلاف الباغي مال العادل حال القتال ، فهل يضمنه أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الباغي ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٧] ، والمالكية[٨] ، والشافعية في الأظهر[٩] ، والحنابلة[١٠] ، وبعض الظاهرية[١١] ، وسعيد بن المسيب [١٢] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٨٢ .
(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٠٠ .
(٣)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢٧٥ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦٠ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٥٥٧ .
(٦)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢١ ، ص ٣٤١ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٨٢ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ٩٠ .
(٨)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٠٠ .
(٩)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢٧٥ .
(١٠)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦١ .
(١١)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥ .
(١٢)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٣٨٦ .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من الإجماع ، والمعقول :

أولاً : الأدلة من الإجماع : واستدلوا بما يأتي :

١-قال الزهري : إن الفتنة العظمى كانت بين الناس وفيهم البدريون ، فأجمعوا على أن لا يقـام حد على رجل ارتكب فرجاً حراماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالاً أتلفه بتأويل القرآن[١] .

يجاب عن ذلك : قال ابن حزم[٢] : ((هذا ليس بشيء لوجهين : **أحـدهما :** أنـه منقطـع ؛ لأن الزهري رحمه الله لم يدرك تلك الفتنة ولا ولد إلا بعدها ببضع عشرة سنة . **والثاني :** أنـه لـو صح كما قال لما كان هذا إلا رأيا من بعض الصحابة لا نصا ولا إجماعا منهم ، ولا حجة فـي رأي بعضهم دون بعض . وإنما افترض الله تعالى علينا أهل الإسلام اتباع القرآن وما صح عن النبي ﷺ أو ما أجمعت عليه الأمة ، ولم يأمر الله تعالى قط باتباع ما أجمع عليه بعـض أولـى الأمر منا ، وإذا وقعت تلك الفتنة فبلا شك أن الماضين بالموت من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا أكثر من الباقين ، ولقد كان أصحاب بدر ثلاثمائة وبضعة عشر رجلاً ، وعدوا إذ مـات عبـد الرحمن بن عوف ﷺ فما وجد منهم في الحياة إلا نحو مائة واحدة فقط ، فبطل التعلق بمـا رواه الزهري لو صح ، فكيف وهو لا يصح أصلاً))[٣] .

يمكن الرد على ابن حزم بما يأتي :

١-أن الزهري رحمه الله تعالى ينقل لنا إجماعاً عن الصحابة ، وإن لم يدرك الفتنة ،فهو ناقـل للإجماع ولم يقل إنه شهد الفتنة .

٢-أن إجماع من بقي من أهل بدر إجماع يعتد به ، فالإجماع لا يشترط في انعقـاده أن يكـون بحضور جميع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[٤] :

١-لأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلفت على الأخرى كأهل العدل .

٢-ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، فلا يشرع كتضمين الحربي .

القول الثاني : يضمن ما أتلفه على العادل ، وبذلك قال : الشافعية[٥]،وابن حزم[٦]،والزيدية[٧] .

---

(١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦١ .ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥ .

(٢)**ابن حزم :** هو أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري ، عالم الأندلس في عصره ، كان فقيهـاً حافظاً عارفاً بمختلف العلوم ، كان شافعي المذهب ثم تحول إلى الظاهرية ، له الكثير من المصنفات ، توفي سنة ٤٥٦ هـ . ابن العماد ، **شذرات الذهب** ، ج٣ ، ص ٢٩٩-٣٠٠ . الزركلي ، **الأعلام** ، ج٤ ، ص ٢٥٤ .

(٣)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥-١٠٦ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦١ .

(٥)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢٧٥ .

(٦)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥ .

(٧)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٥٥٧ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٣٨٧ .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من الأثر ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من الأثر : واستدلوا بما يأتي :

١-قول الصديق ﷺ لأهل الردة(**تردون علينا ما أخذتم منا ولا نرد عليكم ما أخذنا منكم**)[1] .

يجاب عن ذلك : أن قول أبي بكر رجع عنه ولم يمضه ، فقد قال له عمر : أما أن يدوا قتلانـا فلا ، فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ما أمر الله . فوافقه أبو بكر ورجع إلـى قولـه ، فصار أيضاً إجماعاً حجة لنا ، ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً من ذلك[2] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : لأنها أموال معصومة أتلفـت بغيـر حـق ولا ضرورة دفع مباح ، فوجب ضمانه ، كما لو تلفت في غير حال الحرب[3] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على البغاة فيما أتلفـوه علـى أهـل العدل حال القتال ، وذلك لما يأتي :

١-أن البغاة لهم تأويل سائغ فيما فعلوه ، فلا يضمنون قياساً على أهل العدل في عدم تضـمينهم بناءً على تأويلهم السائغ أيضاً .

٢-أن المصلحة العليا للإسلام وأهله هي إنهاء هذا النزاع بين الطرفين بأقـل الخسـائر ، فلـو ألزمناهم بضمان ما أتلفوه لأدى ذلك إلى امتناعهم من الطاعة للإمام .

٣-أن أهل الحرب لا يضمنون ما أتلفوه على أهل الإسلام ، فمـن بـاب أولـى أن لا نضـمن المسلمين من أهل البغي .

---

(1)روى البخاري بعضاً من هذا الحديث ، انظر ، البخـاري ، **صـحيح البخـاري** ، ج٨ ، ص ١٢٧ . ورواه البيهقي ، . **السنن الكبرى** ، باب من قال يتبعون بالدم ، ج٨ ، ص ١٨٣- ١٨٤ . **قال ابن حجر :** قال الحميدي اختصره البخاري فذكر طرفا منه ، وأخرجه بطوله البرقاني بالإسناد الذي أخرج البخاري ذلـك القـدر منـه ، وذكره ابن بطال من وجه آخر عن سفيان الثوري بهذا السند مطولا أيضا لكن قال فيه وفد بزاخة وهم من طـئ . انظر ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٣ ، ص ١٨١ .

(2)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦٢ .

(3)المصدر نفسه ، ج١٠ ، ص ٦١ .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود مصلحة للأمة في منع الضمان .

الفصل الرابع

موانع ضمان الأحوال الشخصية والشهادات

ويشتمل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : موانع ضمان عقد الزواج .

المبحث الثاني : موانع ضمان الخلع .

المبحث الثالث : موانع ضمان الشهادات .

المبحث الرابع : موانع ضمان الإقرار .

المبحث الأول

موانع ضمان عقد الزواج

يقصد بالأحوال الشخصية ، الأوضاع التي تكون بين الفرد وبين أسرته ، ومـا يترتـب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية أو مادية ، وفي هذا المبحث سوف نتعـرف على موانع الضمان المتعلقة بعقد الزواج[1] ، وما يتعلق بهذا الموضوع من مباحث وجزئيات ، وسيكون الكلام على موانع الضمان ضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : إثبات حق الخيار .

المطلب الثاني : عدم التعدي .

المطلب الثالث : وجود الإذن .

المطلب الأول

إثبات حق الخيار

يعد إثبات حق الخيار مانعاً من ترتب الضمان على الزوج في حـال نقصـان المهـر المفروض عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا كان مهرها[٢] ناقة ، فعرض الزوج عليها أن يدفع إليها الناقة فأقرتها في يديه قبل أن تقبضها منه ، أو لم يمنعها دفعها ، ولم تسأله إياها حتى أصابها ما ينقصها ، فهل يضمن ذلـك النقص أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الناقة إن نقصت ، وتكون الزوجة بالخيار في أن تأخـذها ناقصـة أو تدعها ، فإن ماتت الناقة رجعت بمهر مثلها ، وبذلك قال : الحنفية[٣] ، والشـافعية فـي القـول الأول[٤] ، والظاهرية[٥] ، والزيدية في قول[٦] ، والإباضية[٧] .

([1])**الزواج :** عقد يرد على تمليك منفعة البضع قصداً . انظر ، الجرجاني ، **التعريفـات** ، ص ٢٤٢ . **وعرفـه قانون الأحوال الشخصية الأردني** في المادة (٢) بما يأتي : عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسـرة وإيجاد نسل بينهما .

([2])**المهر :** هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزاً لرغبته في الاقتران بها في حياة شريفة تـوفر الاطمئنـان والسعادة لأسرتهما . انظر ، السباعي ، مصطفى ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، ط١٠٢م ، دار الـوراق ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج١ ، ص ١٨٥ .

([3])السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٧٤ .

([4])الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٥ ، ص ٦٩ .

([5])ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ، ص ٤٨٧ .

([6])المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ٢٨٦ .

([7])أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٦ ، ص ١٥٤ .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأن الزوج عجز عن تسليم المهـر سليماً كما أوجبه العقد ، فيثبت لها الخيار ، وإن أرادت رجعت بالقيمة ؛ لأنه تعذر تسليم العـين مع بقاء السبب الموجب له ، فإن اختارت الأخذ فلا شيء لها من ضمان النقصان على الزوج ؛ لأن المهر مضمون عليه بالعقد ، والأوصاف لا تكون مضمونة بالعقد[١] .

القول الثاني : يضمن النقصان الذي أصاب الناقة ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثـاني[٢] ، والحنابلة[٣] ،والزيدية في قول[٤] ، وزفر[٥] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : قياساً على الغاصب ، لكنه لا يـأثم إثم الغاصب ؛ لأنه ضامن له[٦] .

المناقشة والترجيح : أن القياس على الغصب من قبل الفريق الثاني هو قيـاس مـع الفـارق ، فالمغصوب يؤخذ قهراً وجبراً من قبل الغاصب ، وفي هذه الحالة كان الرضـا موجـوداً مـن الزوجة . فالراجح هو القول الأول ، فلا يضمن الزوج نقصان المهر ؛ لأن الشارع جعـل لهـا الخيار ، فإن اختارت نفس المهر المعيب فلا ضمان ؛ لأنها هي التي اختارت .

فالمانع من ضمان نقصان المهر في هذه الحالة هو إثبات حق الخيار للزوجة .

المسألة الثانية

إذا تعيب المهر في يد الزوجة بعد أن قبضته ، وكان قد تعيب بآفة سـماوية أو تعيـب المهر بنفسه أو تعيب بفعل المرأة نفسها ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، فالزوج بالخيـار ، إن شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر رد النصف كما قبضت ، وإن شـاء أخـذ النصـف ناقصاً ، ولا تضمن النقصان ؛ لأن المهر كان مملوكاً لها ملكاً تاماً فتعيبه في يـدها لا يلزمهـا الضمان ؛ لأن فعلها صادف ملكاً صحيحاً فلا تضمن ، وبذلك قال : الحنفية[٧] ، والحنابلـة[٨] ، والظاهرية[٩] ، والزيدية[١٠] .

فالمانع من ضمان نقصان المهر في هذه الحالة هو إثبات حق الخيار للزوج .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٧٤ .
(٢)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٥ ، ص ٦٩ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٨ ، ص ٩٣ .
(٤)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ٢٨٦ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٧٤ .
(٦)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٥ ، ص ٦٩ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٧٤-٧٥ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٨ ، ص ٢٩-٣٠ .
(٩)ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ، ص ٤٨٧ .
(١٠)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ٢٨٥ .

المطلب الثاني

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان على الزوج في المهر ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا زاد المهر في يد الزوج سواء أكانت زيادة متصلة كالسِمَن أو منفصلة كالولد ، فهذه الزيادة تكون للمرأة ، فإذا هلكت الزيادة في يد الزوج ، فلا ضمان عليه بناءً على أنـه ضـمان عقد ، وبذلك قال : الشافعية[١]، والإباضية[٢].

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي ؛ لأنه ضمان عقد ؛ لأن المهر ترتب بناءً على عقد الزواج .

المسألة الثانية

إذا كان للمهر منافع فاستوفاها الزوج بركوب ، أو استخدام ، فلا ضمان عليه على قول ضمان العقد ، أما إذا كانت ضمان يد فيضمنها بأجرة مثلها ، وبذلك قال : الشافعية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي ؛ لأنه ضمان عقد لا ضمان يد ؛ لأن المهر ترتب بناءً على عقد الزواج .

المسألة الثالثة

إذا جهز الأب جهاز ابنته وأشهد حين التجهيز أن ذلك الجهاز عارية منه ، كان القـول قوله وإن طال الزمان ، ويكون له أخذ ما وجد من ذلك الجهاز ، فإن تلف بعضه ، فلا ضـمان على الابنة ولا على زوجها ، لعدم التعدي والتفريط ، وبذلك قال : المالكية[٤] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص ٥٨١ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٣ ، ص ٢٢٢ .
(٢)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٦ ، ص ١٥٥ .
(٣)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص ٥٨١ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٣ ، ص ٢٢٢ .
(٤)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٥ ، ص ٢٢٠ .

المسألة الرابعة

إذا أعطى الزوج الزوجة رهناً بقيمة مهرها ، ثم وفاها المهر ، فامتنعت من تسليم المرهون للزوج بعد مطالبته حتى هلك ، فهل تضمن ذلك أم لا ؟ **للحنفية قولان**[١] **:**

القول الأول : تضمن للزوج قيمة المرهون ؛ لأنها حبسته بغير حق فصارت غاصبة ضامنة .

القول الثاني : لا ضمان عليها ؛ لأنها حبسته لحقها .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فالزوجة تضمن المرهون ؛ لأنها حبسته بدون وجه حق ، فما دام أن الزوج وفاها مهرها ، فعليها تسليم المرهون ،فعندما منعته وهلك كانت متعدية بذلك .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي بناءً على القول الثاني غير الراجح .

المسألة الخامسة

إذا زوج الوكيل موكله زوجة الغير أو معتدته أو أم زوجته ، ودخل بها الموكل غير عالم ، لزمه المهر كاملاً ، ولا ضمان على الوكيل ، وبذلك قال : الحنفية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة السادسة

إذا زوج ابنه الصغير تعلق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسراً ، لكن هل يضمنه الأب إذا كان الابن معسراً أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الأب ؛ لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه ، كثمن مبيعه أو كالوكيل ، وبذلك قال : الحنابلة في رواية[٣] .

القول الثاني : يضمن الأب ؛ لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق الضمان ، وبذلك قال : الحنابلة في رواية ثانية[٤]، والإباضية[٥] ، والإمامية[٦] .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على الأب لعدم التعدي منه ؛ ولأن عقده لابنه الصغير يعد من عقود المعاوضات ، والأب عبارة عن نائب عن الابن في ذلك. فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٨٦ .
(٢)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٣ ، ص ٢٤٩ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ، ص ٣٩٥ .
(٤)المصدر نفسه، ج٧ ، ص ٣٩٥ .
(٥)أطفيش ، **شرح النيل** ، ج٦ ، ص ٣٨٣ .
(٦)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٢ ، ص ٢٠٨ .

المطلب الثالث

وجود الإذن

يعد وجود الإذن من الشارع في بعض التصرفات مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا تلفت الزوجة من الضرب المأذون فيه ، ولم يكن ضرباً مبرحاً ، فلا ضـمان علـى الزوج ؛ لأنه مأذون فيه شرعاً ، وبذلك قال : الحنابلة[١] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن من الشارع في هذا التصرف ، لقوله تعالى : ﴿ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾[٢] .

---

(١)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٢٣٩ .
(٢)سورة النساء ، الآية / ٣٤ .

المبحث الثاني

موانع ضمان الخلع

شرع الإسلام الخلع[١] لتملك به الزوجة حريتها عندما تجد أن الحيـاة الزوجيـة باتـت مستحيلة مع الزوج ، وبما أن الخلع يكون على مال ، والأمور المالية يترتب عليها الضمان في العادة ، لذلك من خلال هذا الموضوع سوف نتناول موانع الضمان في حال الخلع ، وذلك ضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : عدم التعدي .

المطلب الثاني : عدم الأهلية .

المطلب الثالث : إجازة التصرف .

المطلب الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

لا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفيه ، بل يسلمه إلى الولي ، فإن سلمه إلى السفيه ، وكان الخلع على عين مال ، أخذها الولي من يده ، فإن تركها في يده حتى تلفـت بعـد علمـه بالحال ، فهل يضمن الولي أم لا ؟ **للشافعية وجهان**[٢] **:**

الوجه الأول : لا يضمن الولي .

الوجه الثاني : يضمن الولي ذلك .

الترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الولي لعدم تعديه في هذه الحالة ؛ لأن من باشر الإتلاف غيره .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المطلب الثاني

عدم الأهلية

تعد عدم أهلية[٣] الشخص مانعة من ترتب الضمان عليه ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

---

(١)**الخلع :** هو إزالة ملك النكاح بأخذ المال . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١٠٥ .

(٢)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص ٦٨٨ .

(٣)**الأهلية :** عبارة عن صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه . انظر ، الجرجاني ، **التعريفـات** ، ص ٤٣ .

على المختلع إذا دفع المال إلى السفيه أن يسترده منه ، فإن تلف في يد السـفيه ، فـلا ضمان عليه ؛ لأنه ضيع ماله بتسليمه إلى السفيه ، كمن باعه شيئاً وسلمه إياه وتلـف عنـده ، وبذلك قال : الشافعية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم أهلية السفيه .

المطلب الثالث

إجازة التصرف

تعد إجازة التصرف مانعة من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا خلع ابنته الكبيرة بصداقها ، وضمنه للزوج ، فأجازت البنت ذلك فلا ضـمان علـى الأب ؛ لأن إجازتها في الانتهاء كإذنها في الابتداء ، وبذلك قال : الحنفية[2] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو إجازة التصرف .

---

(1)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص ٦٨٩ .

(2)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٦ ، ص ١٨٠ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٤ ، ص ١٥٣ .

المبحث الثالث

موانع ضمان الشهادات

أقرت الشريعة الإسلامية مشروعية الشهادة[١] ، وحذرت كل الحذر من كتمانهـا ، لمـا يترتب على ذلك من إهدار لحقوق الناس ، والشهادة قد تكون على مـال أو غيـره ، والمسـلم مأمور بأدائها ، وهذه الشهادة قد يرجع عنها الشهود فيما لو شهدوا في قضية من القضايا ، وهذا الرجوع يترتب عليه إلحاق الضرر بالغير مما يرتب الضمان على من رجع عن شهادته ، لكـن هنالك حالات يمتنع فيها ترتب الضمان ، لذلك سوف نتعرف على هـذه الموانـع مـن خـلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : عدم التعدي .

المطلب الثاني : عدم وجود الضرر .

المطلب الثالث : عدم مباشرة الإتلاف .

المطلب الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي والتفريط مانعاً من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى

إذا رجع شهود المال بعد الحكم ، لم ينقض الحكم ، ويلزم الشهود الضمان ، لكـن هـل يلزم من زكى هؤلاء الشهود الضمان ؟ لا يلزم من زكى الشهود الضمان ؛ لأن الحكـم تعلـق بشهادة الشهود ، ولا تعلق له بالمزكي ؛ لأنهم أخبروا بظاهر حال الشهود ، أما باطنهم فعلمـه إلى الله تعالى ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من المالكيـة[٢] ، والشـافعية[٣] ، والحنابلـة[٤] ، والزيدية[٥] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا شهد رجلان بحق ، والقاضي لا يعرفهما ، فزكاهما رجلان فقبلهما القاضي وحكم

---

(١)**الشهادة :** إخبار عن أعيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخـر . انظـر ، الجرجـاني ، **التعريفات** ، ص ١٣٢ .
(٢)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٢٤٢ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج٢٠ ، ص ٢٧١ .
(٤)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٥٥٩ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٢٢٤ .

بالحق ، ثم رجع المزكيان بالبينة وقالا زكينا غير عدلين ، فلا ضمان عليهما ؛ لأن الحق أخذ لغيرهما ، وبذلك قال : المالكية[١] ، والزيدية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

إذا شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجع الرجلان عن الشهادة ، فالضمان عليهما ، ولا ضمان على المرأة ؛ لأن المرأة الواحدة لا تكون شاهدة ، وبذلك قال : الحنفية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من المرأة .

المسألة الرابعة

إذا حكم القاضي بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ، ثم تبين أنهما كافران أو فاسقان أو أحدهما ، فلا ضمان على الشاهدين ؛ لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما ، فالضمان على الحاكم ؛ لأنه حكم بشهادة من لا تقبل شهادته ، فعليه الدية إما في بيت المال ، أو على عاقلته ، وبذلك قال : الحنابلة[٤] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي من الشهود .

المطلب الثاني

عدم وجود الضرر

يعد عدم وجود ضرر مترتب على رجوع الشهود مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم في القضية ، لغت الدعوى ، ولا ضمان عليهم ، وبذلك قال : الشافعية[٥] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود ضرر ترتب على الرجوع .

---

(١)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٢٤٢ .
(٢)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٢٢٤ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٦ ، ص ١٨٨ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٢ ، ص ١٤٩ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج٢٠ ، ص ٢٧١ .

المسألة الثانية

إذا شهدا على مال فقضى به القاضي ، فقبضه أو لم يقبضه ، ثم رجعا ضمنا المـال إذا أخذه المقضي له من المقضي عليه ، أما قبل الأخذ فلا ضمان عليهما ؛ لأن المال مازال في يـد المقضي عليه لم يخسر شيئاً ، وبذلك قال : الحنفية[١] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود ضرر ترتب على هذا الرجوع .

المسألة الثالثة

لو شهد ثلاثة على رجل بمال وقضى به القاضي ثم رجع أحدهم ، لم يضمن شيئاً ؛ لأن الأصل في ضمان الرجوع أنه يعتبر بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع ، وقد بقـي على الشهادة حجة تامة فلا يضمن الراجع شيئاً ، وبذلك قال : الحنفية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود ضرر ترتب على الرجوع .

المسألة الرابعة

لو اشترى رجل داراً بألف درهم وهي قيمتها ونقده الثمن ، فشهد شاهدان أن هذا الرجل شفيعها ، وأن هذه الدار التي في يديه ملصقة بداره ، فقضى القاضي له بالشفعة ثم رجعـا عـن شهادتهما ، فلا ضمان عليهما ؛ لأنهما أتلفا على المشتري ملكه فيها بعوض يعدله وهـو الـثمن الذي أخذه من الشفيع ، وبذلك قال : الحنفية[٣] . فالمانع من الضمان عدم وجود ضرر .

المطلب الثالث

عدم مباشرة الإتلاف

تعد عدم مباشرة الإتلاف مانعاً من ترتب الضمان ،ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى

لو شهد رجلان على رجل أنه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذي على فلان ، وفلان مقر بالدين ، فقضى القاضي به للوكيل وقبضه واستهلكه ، ثم قدم صاحب الدين فأنكر الوكالة ، ثـم رجعا عن شهادتهما ، فلا ضمان عليهما ؛ لأنهما لم يتلفا المال بشهادتهما إنما تلف بفعل الوكيل فيضمنه دونهما ، وبذلك قال : الحنفية[٤] .

فالمانع من الضمان هو عدم مباشرة الإتلاف من قبل الشاهدين اللذين رجعا عن الشهادة

---

[١] السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٦ ، ص ١٨٦ .
[٢] المصدر نفسه ، ج١٦ ، ص ١٨٧ .
[٣] المصدر نفسه ، ج١٦ ، ص ١٨٩ .
[٤] السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٦ ، ص ١٩٢ .

المسألة الثانية

ولو كان تحت يده ثوب وأقر بأنه للراهن ، لكنه يقول بأنه وديعة عنده ، وقال الراهن بل هو رهن عندك وأقام شاهدين عليه ، فقضى به ثم هلك ، ثم رجع الشاهدان فلا ضمان عليهما ؛ لأنهما لم يتلفا على ذي اليد عين الثوب ؛ لأنه لا يدعي ملكه لنفسه وقد كان متمكناً من رده على الراهن بعد قضاء القاضي ، وبذلك قال : الحنفية[1] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم مباشرة الإتلاف من قبل الشـاهدين اللـذين رجعا عن الشهادة .

([1])السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٦ ، ص١٩٦ .

المبحث الرابع

موانع ضمان الإقرار

أباحت الشريعة الإسلامية للشخص أن يقر[١] على نفسه أو على غيره بحق للغير ، وهذا الإقرار قد يترتب عليه ضمان المال الذي أتلف بسبب هذا الإتلاف ، لكن قد يطرأ ما يمنع من ترتب الضمان ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : عدم التعدي .

المطلب الثاني : عدم وجود سبب للضمان .

المطلب الأول

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

ولو أقر فقال غصبت هذه الدار من فلان بل من فلان ، جاز إقراره للأول ، ولم يضمن للثاني شيئاً ، وكان الثاني خصماً للأول ، وبذلك قال : الشافعية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا كان في يده عشرة من الغنم فقال : لفلان فيها شرك شاة ثم ماتت الغنم كلها ، فقال المقر له أنت خلطت شاتي بغنمك لم يصدق على ذلك ، ولم يضمن المقر شيئاً إذا حلف ؛ لأن إقراره بالشركة في العين لا يضمن الإقرار بوجوب السبب الموجب للضمان عليه ، فإن نصيب كل واحد من الشريكين في يد صاحبه أمانة ، والاختلاط يحصل من غير خلط ، فدعواه الخلط دعوى السبب الموجب للضمان عليه ابتداء ، فلا يصدق بذلك إلا بحجة ، وبذلك قال: الحنفية[٣].

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي .

---

(١)**الإقرار :** هو إخبار عن حق سابق . انظر ، النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٣ .
(٢)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ٢٤٢ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٨ ، ص ٦٣ .

المسألة الثالثة

إذا أقر بثبوت وديعة وجاء بها معيبة ، وأقر أن العيب حدث عنده ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لو هلك في يده فلا ضمان عليه ؛ لأن يده يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، وبذلك قال : الحنفية [١] ، والحنابلة[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي والتقصير .

المسألة الرابعة

ولو قال لفلان على أبي ألف دينار ديناً ودفعها إليه بقضاء القاضي ، ثم أقر لآخر بألف دينار عليه ، لم يضمن المقر شيئاً ؛ لأنه بمجرد إقراره ما صار متلفاً شيئاً من تركة أبيه ، والدفع حصل بقضاء القاضي فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : الحنفية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم التعدي والتقصير .

المطلب الثاني

عدم وجود سبب للضمان

يعد عدم وجود سبب للضمان مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أقر الخياط أن الثوب لأحمد وأسلمه إليه عبد الله ، وكل واحد منهما يدعيه فهو للذي أقر له أول مرة وهو أحمد لتقدم الإقرار له ، ولا ضمان عليه للثاني وهو عبد الله ؛ لأنه لم يقر على نفسه بما هو سبب للضمان في حق الثاني ؛ فإن إسلامه إليه لا يكون سبباً في استحقاقه ، وبذلك قال : الحنفية[٤] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود سبب للضمان .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٨ ، ص ٧٧ .
(٢)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٥٩٦ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٨ ، ص ١٨٨ .
(٤)المصدر نفسه ، ج١٨ ، ص ١٠٨ .

الباب الثاني

موانع ضمان الجنايات والحدود

ويشتمل على تمهيد وفصلين :

التمهيد : ويشتمل على تعريف الجنايات والحدود .

الفصل الأول : موانع ضمان الجناية على النفس .

الفصل الثاني : موانع ضمان جنايات الحدود والردة والبغاة.

التمهيد :

الجناية إما أن تكون على الأموال أو على الأنفس أو على الأنفس والأموال ، والاعتداء على المال يستوجب ضمان التعويض ، والاعتداء على الأنفس يستوجب العقـاب البـدني ، أو العقاب المالي . والعقوبات البدنية كالقتل والقطع ، والمالية كالدية والغرامات المالية[١] ، وقبل أن نبدأ بذكر موانع الضمان في الجنايات والحدود لا بد لنا من التعرف على مفهوم كـل منهمـا ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الجناية لغةً واصطلاحاً :

الجناية لغةً : (جنى) : جنى الذنب عليه جناية ، والجناية : الذنب والجرم ، وما يفعله الإنسـان مما يوجب عليه العقاب والقصاص في الدنيا والآخرة [٢] .

الجناية اصطلاحاً : هو كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها[٣] .

ثانياً : الحد لغة واصطلاحاً :

الحد لغةً : هو الحاجز بين شيئين ، ومنتهى الشيء ، ويأتي بمعنى المنع ، وتأديب المذنب بمـا يمنعه وغيره عن الذنب[٤] . والحد المنع ، وحد الرجل يحده حداً منعه وحبسه ، تقول : حـددت فلاناً عن الشر أي : منعته . وحددت الرجل : أقمت عليه الحد[٥] .

الحد اصطلاحاً : عقوبة مقدرة وجبت حقاً تعالى[٦] .

---

(١)الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٧٣ .
(٢)ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١٤ ، ص ١٥٤ . الزبيدي ، **تاج العروس** ، ج١٠ ، ص ٧٧ .
(٣)الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٨٣ .
(٤)الفيروزآبادي ، **القاموس المحيط** ، ج١ ، ص ٢٨٦ .
(٥)الزبيدي ، محمد مرتضى، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، ١٠م ، مكتبة الحياة ، بيـروت ، ج٢ ، ص ٣٣١ .
(٦)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ٣٣ . الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٨٨ .

الفصل الأول

موانع ضمان الجناية على النفس وما دونها

ويشتمل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : شروط ضمان الجناية على النفس .

المبحث الثاني : موانع ضمان الجناية على النفس .

المبحث الثالث : موانع ضمان الجناية على النفس بغرض التأديب .

المبحث الرابع : موانع ضمان الجناية على ما دون النفس .

المبحث الخامس : موانع ضمان جناية الطبيب ونحوه على النفس وما دونها .

المبحث السادس : موانع ضمان جناية الصيال على النفس وما دونها .

المبحث الأول

شروط ضمان الجناية على النفس

توجد عدة شروط لتطبيق العقوبة في حال الجناية على النفس ، وهذه الشروط منها ما هو في الجاني ، ومنها ما هو في المجني عليه[١] .

أولاً : شروط الجاني : ويشترط فيه عدة شروط منها[٢] :

١-**أن يكون مكلفاً : بأن يكون بالغاً عاقلاً :**

فلا قصاص على مجنون وصبي ؛ لأنهما لا عمد لهما ، فعمد الصبي وخطؤه سواء في القصاص ، والصبي والمجنون ليسا من أهل العقاب البدني ، لقصور الأهلية وعدم مطالبتهما بالتكاليف الشرعية ، فلا يوصف فعلهما بوصف الجناية أو الجريمة ، فينتفي العقاب البدني ، وتجب الدية في مالهما . وبهذا الشرط قال : الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] ، والشافعية[٥] ،والحنابلة[٦].

٣-**أن يكون مختاراً :** فلو أكره على القتل وكان للمكرِهِ سلطان على المكرَهِ – أي المباشر- ، فهيا خلاف للفقهاء[٧] .

٤-**أن يكون متعمداً قاصداً القتل .** وبهذا الشرط قال : الحنفية[٨] ، والمالكية[٩] ، والشافعية[١٠] ، والحنابلة[١١] .

---

(١)في هذه الشروط اختلافات كثيرة بين الفقهاء ، ولكل رأي الكثير من الأدلة ، ولكون هذا الموضوع يحتاج إلى بحث مستقل ، فسأكتفي بذكر الشروط ذكراً فقط ، ومن أراد الاستزادة فليرجع إلى مظان هذه الشروط من كتب الفقهاء رحمهم ا تعالى ، وذلك خشية إقحام موضوع ليس من صلب هذا البحث مما يؤدي إلى الإطالة التي لا مبرر لها . انظر، السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٤ ، ص ٧٤ وما بعدها . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٦-٢٠ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٣-٣٢٥ . الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٧٦-٢٧٧ .

(٢)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٣-٣٢٥ . الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٧٦-٢٧٧ .

(٣)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٦-٢٠ .

(٤)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٣-٣٢٥ .

(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٣٩٠-٣٩١ . الشربيني ، **الإقناع** ، ج٢ ، ص ١٥٥ .

(٦) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٦١٣- ٦١٤ .

(٧) **للفقهاء ثلاثة أقوال :**

الأول : يقتل المكره دون المكرَه ، ويعاقب المكرَه ، وبذلك قال : الحنفية ، والشافعية في قول . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٤ ، ص ٧٤ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٣٩٠-٣٩١ .

الثاني : يقتل المكرَه دون المكره ،وبذلك قال:الشافعية في قول. المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٣٩٠-٣٩١ .

الثالث : يقتلان جميعاً ، وبذلك قال : المالكية . انظر ، ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٣ .

(٨)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٦-٢٠ .

(٩)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٣-٣٢٥ .

(١٠) الشربيني ، **الإقناع** ، ج٢ ، ص ١٥٣ .

(١١)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٦٢٦ .

ثانياً : شروط المجني عليه : ويشترط فيه ما يأتي[١] :

١-أن يكون معصوم الدم عصمة مؤبدة : وهو المسلم والذمي والمعاهد ، فالعصمة تكون بالإسلام وبالعهد ، فلا يقتص ممن قتل حربياً ؛ لأنه عدو مهدور الدم أو مستأمناً دخل بلادنا بأمان لوجود الشبهة في إباحة دمه ؛ لأنه إذا عاد إلى بلاده صار مباح الدم . وبهذا الشرط قال : الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] .

٢-أن لا يكون المقتول من فروع القاتل : كالابن وابن الابن ، واختلاف الفقهاء في القصـاص من الأب أو الجد[٦] .

٣-أن يكافئ دم المقتول دم القاتل : والمكافأة تكون بالإسلام والكفر ، والحريـة والعبوديـة ، والذكورة والأنوثة ، والواحد والجماعة . وبهـذا الشـرط قـال : الحنفيـة[٧] ، والمالكيـة[٨] ، والشافعية[٩] ، والحنابلة[١٠] .

---

(١)في هذه الشروط اختلافات كثيرة بين الفقهاء ، ولكل رأي الكثير من الأدلة ، ولكون هذا الموضوع يحتاج إلى بحث مستقل ، فسأكتفي بذكر الشروط ذكراً فقط ، ومن أراد الاستزادة فليرجع إلى مظان هذه الشروط من كتب الفقهاء رحمهم ا تعالى ، وذلك خشية إقحام موضوع ليس من صلب هذا البحث مما يؤدي إلى الإطالة التي لا مبرر لها . انظر ، ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٦-٢٠ .ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٥-٣٢٧ . الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، ص ٢٧٩-٢٨٠ .

(٢)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٦-٢٠ .

(٣)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٥-٣٢٧ .

(٤) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢٩ .

(٥)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٦١٤ .

(٦) **اختلفت آراء الفقهاء في قتل الوالد بالولد على الأقوال الآتية :**

القول الأول : لا يقتل مطلقاً ، وبذلك قال : الحنفية والشافعية والحنابلة وإسحاق والهادوية . انظر ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ٩١ . الأنصاري ، **فتح الوهاب** ، ج٢، ص ٣٢٣- ٣٢٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٥٩ . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٢٣٣ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٣٦٢ .

وحجتهم :

١-قوله عليه السلام (لا يقاد الوالد بالولد) . رواه الترمذي ، **سنن الترمذي** ، حديث رقم(١٤٢١) ، ج٢ ، ص ٤٢٨ . وصححه ابن الجارود والبيهقي ، وقال الترمذي مضطرب .العجلوني ، **كشف الخفاء** ،ج٢،ص٣٧٤ .

٢- أن الوالد سبب في وجود الولد فلا يكون الولد سبباً في عدمه . الأنصاري ، **فتح الوهاب** ، ج٢، ص ٣٢٣-٣٢٤ .

القول الثاني : يقتل مطلقاً ، وبذلك قال : البتي . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٢٣٣ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٣٦٢.

وحجته : عموم قوله تعالى (النفس بالنفس) سورة المائدة ، الآية/٤٥ .

يرد عليه : بأنه مخصص بحديث (لا يقاد الوالد بالولد) . الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٢٣٣ .

القول الثالث : يقاد بالولد إذا أضجعه وذبحه ؛ لأن ذلك عمد حقيقة لا يحتمل غيره أما إذا رماه أو ضربه بشيء فلا يقاد به ، وبذلك قال : مالك . انظر ، مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٣٩٠ . قحطان الدوري ، **صفـوة الأحكام** ، ص ٣٦٢ .

(٧)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٦-٢٠ .

(٨)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص٣٢٥-٣٢٧ .

(٩)الشربيني ، **الإقناع** ، ج٢ ، ص ١٥٦ .

(١٠)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٦١٦ .

المبحث الثاني

موانع ضمان الجناية على النفس

حرم الإسلام الجناية على النفس بغير حق ، وعد من قتل نفساً بغير حق كأنه قتل الناس جميعاً ، لذلك إذا تعمد شخص الجناية على نفس من الأنفس فقد شرع الإسلام القصاص على المعتدي ، أما إذا أخطأ في ارتكاب الجناية على النفس فهو فعل جرمي لم يتوافر فيه القصد الجنائي . وقسم الفقهاء القتل إلى أقسام مختلفة تختلف بحسب وجهة نظر كل منهم [1] ولكل قسم من هذه الأقسام أحكامه الخاصة ، وقد فصلتها كتب الفقهاء ، لكن الجزاء المترتب على القتل شبه العمد ، والخطأ المحض هو وجوب الضمان المتمثل بالدية على عاقلة القاتل ، ولا قصاص في هذين القسمين . وبما أن الدية هي عبارة عن غرامة مالية يضمنها الجاني مع عاقلته[2] أو الجاني وحده ، لذلك سوف نتعرف إن كان يوجد موانع تمنع من ترتب الضمان في حال الجناية على النفس ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : عدم الأهلية .

المطلب الثاني : وجود الإذن .

المطلب الثالث : عدم التعدي .

المطلب الرابع : انتفاء معنى الضمان أصلاً .

---

(١) **تقسيمات الفقهاء للقتل :**
أولاً : التقسيم الثنائي : فيقسم القتل إلى : **١- العمد :** وهو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى لموت المجني عليه سواء أقصد الجاني القتل أو لم يقصده . **٢- الخطأ :** وهو ما لم يكن عمداً .
ثانياً : التقسيم الثلاثي : فيقسم القتل إلى : **١- العمد :** وهو ما تعمد فيه الجاني الفعل المزهق قاصداً روح المجني عليه . **٢- شبه العمد :** وهو ما تعمد فيه الجاني الاعتداء على المجني عليه دون أن يقصد قتله إذا مات المجني عليه نتيجة للاعتداء . **٣- الخطأ :** وذلك فيما إذا تعمد الجاني الفعل دون أن يقصد المجني عليه كمن رمى عرضاً فأصاب شخصاً ، وهو خطأ الفعل . أو إذا تعمد الجاني الفعل وقصد المجني عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للمجني عليه ولكن تبين أن المجني عليه معصوم كمن يرمي جندياً من الأعداء فإذا هو مسلم أو معاهد ، وهو خطأ في القصد . أو أن لا يقصد الجاني الفعل ولكنه يقع نتيجة لتقصيره كمن يتقلب وهو نائم على آخر فيقتله.أو أن يتسبب الجاني في الفعل كمن يحفر حفرة في الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلاً ويموت .
ثالثاً : التقسيم الرباعي : فيقسم القتل إلى : **١- العمد** . **٢- شبه العمد** . وهذان القسمان لا يختلفان عما هما عليه في التقسيم الثنائي .**٣- الخطأ :** وهو ما يكون في نفس الفعل كأن يقصد الفعل ولا يقصد الشخص كمن رمى صيداً فأصاب شخصاً . أو يكون في ظن الفاعل كأن يقصد من يظنه مباح القتل كحربي فإذا هو معصوم . **٤- ما جرى مجرى الخطأ :** وهو **نوعان : أ- في معنى الخطأ من كل وجه :** بأن يكون القتل بطريق المباشرة كانقلاب النائم على شخص وقتله . **ب- في معنى الخطأ من وجه واحد :** وهو القتل بالتسبب كمن حفر بئراً في الطريق فسقط بها شخص ليلاً فمات .
رابعاً : التقسيم الخماسي : فيقسم القتل إلى : **١- العمد . ٢- شبه العمد . ٣-الخطأ . ٤- ما جرى مجرى الخطأ . ٥- التسبب .** انظر ، عوده ، عبد القادر ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي** ،ط١٤ ٢م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٢١هـ ، ج٢ ، ص ٧- ٩ .

(٢)**العاقلة :**الأقارب الذين يحملون عن الجاني الدية . بتصرف ، انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ،ص١٨٧ .

المطلب الخامس : تنفيذ أمر الشارع .

المطلب السادس : حالة الضرورة .

المطلب السابع : عدم مباشرة الفعل .

المطلب الثامن : عدم الإكراه .

المطلب التاسع : اجتماع المباشرة مع السبب .

المطلب العاشر : وجود مصلحة عامة .

المطلب الأول

عدم الأهلية

تعد عدم أهلية الشخص مانعة من ترتب الضمان عليه ، وذلك في حال الجنايـة علـى النفس ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا جنى صبي مميز أو غير مميز على شخص بالقتل ، فهل يضمن مـا فعلـه أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : يضمن الصبي ما جناه على الغير ، فتجب الدية إما على عاقلته أو فـي مالـه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء مـن الحنفيـة[١] ، والمالكيـة[٢] ، والشـافعية[٣] ، والحنابلـة[٤] ، والزيدية[٥] ، والإباضية[٦] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-أن الصبي باشر القتل ، فتكون الدية على عاقلته ولا قصاص عليه[٧] .

٢-أن الصبي لا قصد له صحيح ففعله كله خطأ ، فتجب الدية على عاقلته[٨] .

القول الثاني : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : بعض المالكية[٩] ، والظاهرية[١٠] ، والزيدية[١١] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من السنة النبوية الشريفة بما يأتي :

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٨٥ .
(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٢٩٦ .
(٣)المزني ، **مختصر المزني** ، ص ٢٤٧ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢١١ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥١١ .
(٥)ابن الحسين ، يحيى ، **الأحكام في الحلال والحرام** ، ٢م ، ج٢ ، ص ٢٩٥ .
(٦)أطفيش ، **شرح كتاب النيل** ، ج٧ ، ص ٧٧ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٨٥ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٧٦ . ابن الحسين ، **الأحكام في الحلال والحرام** ، ج٢ ، ص ٢٩٥ .
(٩)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص ٢٩٦ .
(١٠)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٣٤٤ .
(١١)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٣٣ .

قول رسول ا ﷺ ﴿ **رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيـق وعن النائم حتى يستيقظ ،وعن الصبي حتى يحتلم** ﴾ (١) .

وجه الدلالة : أن ا رفع الإثم عن الصبي ، ومن رفع عنه الإثم لا يضمن لعدم أهليته فالصبي لم يصل إلى حد تقدير العواقب(٢) .

المناقشة والترجيح :

١-أن الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني ، يدل على رفع الإثم لا على نفي الضمان ، فلا حجة لهم فيه .

٢-أن الصبي يضمن إتلاف مال الغير ، والنفس أغلى من المال ، فأولى أن تضمن بالدية .

٣-أن تضمين أولياء الصغار ما أتلفوه من أنفس أو أموال يؤدي إلى شدة مراقبة أفعال الأطفـال من قبل أولياء أمورهم ، حتى لا يقعوا في الغرامة .

الراجح هو قول جمهور الفقهاء فيجب الضمان على الصبي في ماله أو على عاقلتـه إذا جنـى على إنسان بالقتل ونحوه .

فالمانع من الضمان بناءً على القول الثاني غير الراجح هو عدم أهلية الصبي ونحوه .

المطلب الثاني

وجود الإذن

يعد وجود الإذن من الطرف الآخر مانعاً من ترتب الضمان على من ارتكب جناية فـي حق صاحب الإذن ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا وجب القصاص على شخص ، فقال المقتص للمقتص منه أخرج يمينـك لأقطعهـا ، فأخرج يساره وهو ساكت ومدها ، فقطعها المقتص ، فلا قصاص على المقتص ولا دية- أي لا ضمان عليه- ؛ لأنه قطعها ببذل صاحبها كما لو قال اقطع يدي فقطعها ، وقياساً على من قـال لآخر ارم هذا المتاع في البحر فرماه فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : الشافعية(٣) ، والحنابلة(٤) ، والإمامية(٥) .

فالمانع من الضمان وجود الإذن من المجني عليه .

---

(١) سبق تخريجه ، ص (٧٢) .
(٢)أبو داود ، **سنن أبي داود** ، ج٢ ، ص ٣٣٨ ، هامش المحقق .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٤٦٦ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٤٣٩-٤٤٠ .
(٥)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ١٧١ .

المسألة الثانية

إذا حفر شخص بئراً في الطريق العام لمصلحة الناس بإذن الإمام ، فسقط إنسـان فيهـا ومات ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه فعل ذلك بإذن الإمام للمصلحة العامة ، وبذلك قـال : جمهـور الفقهاء من الحنفية(١) ، والمالكية(٢) ، والشافعية(٣) ، والحنابلة(٤) ، والزيدية(٥) ، والإمامية(٦) .

فالمانع من الضمان وجود الإذن من الإمام .

المسألة الثالثة

إذا فرش في مسجد للمسلمين حصيراً أو علق فيه قنديلاً ، فعثر رجل بالحصير أو سقط عليه القنديل فمات ، فإن فعل ذلك بإذن الإمام فلا ضمان عليـه ، وبـذلك قـال:الشـافعية(٧) ، والحنابلة(٨) .

وإن كان بغير إذن الإمام ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : الشافعية(٩) ، والحنابلة(١٠) ، والصاحبان(١١) .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي(١٢) :

١-أنه فعلٌ أحسن به ولم يتعد .

٢-إن عمارة المسجد من أفضل القربات .

٣-إن هذا مأذون فيه من جهة العرف ؛ ولأن العادة جارية بالتبرع من غير استئذان ، فلم يجب ضمانه كالمأذون فيه نطقاً .

القول الثاني : يضمن ، وبذلك قال : أبو حنيفة(١٣) ، والشافعية في القول الثاني(١٤) .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٢٢ .
(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٥ .الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٤٤ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٧ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٥ .
(٦)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢١٧ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢١ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٨ .
(٩)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٢ .
(١٠)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٨ .
(١١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٢٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص١١٩ .
(١٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٢٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٩ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٢ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٨ .
(١٣)وذلك في حالة لم يأذن أهل المسجد ، فإن أذنوا فلا ضمان . السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٢٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٩-١٢٠ .
(١٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٢ .

المناقشة والترجيح :

١-أنه محسن في فعله ، والمحسن لا سبيل عليه بالتضمن .

٢-أن العرف أذن بخدمة المساجد دون حاجة لإذن إنسان .

٣-أن القيام على شؤون المساجد من أفضل القربات ، فكيف نضمن من فعل ذلك .

٤-أنه لم يتعد في فعله ولم يقصر ، فلا ضمان عليه .

فالراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة .

فالمانع من الضمان وجود الإذن عرفاً ودلالة .

المطلب الثالث

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا حبس شخص رجلاً في بيت فمات جوعاً أو عطشاً ، **ينظر :**

- فإن كان عنده طعام وشراب ، فلم يتناوله حزناً أو خوفاً ، أو أمكنه طلبه ولو بالسؤال ، فلم يفعل ، فلا ضمان على حابسه ؛ لأنه لم يحدث فيه صنعاً ، وبذلك قال : الشافعية[١]،والحنابلة[٢] .

-وإن حبسه ولم يكن عنده طعام أو شراب ، فمات في مدة لا يموت فيها غالباً ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمنه ؛ لأنه مسبب إلى إتلافه على وجه متعدٍ فيه ، فيكون بمنزلة حافر البئر في الطريق ، وبذلك قال : الشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والصاحبان[٥] ، والزيدية[٦] .

القول الثاني : لا يضمن ، ويعزر على ما صنع ؛ لأن حبسه لا يوجب إتلافه وإنما أتلفه الجوع ونحوه ، ولا صنع للجاني في ذلك ، وبذلك قال : أبو حنيفة[٧] وعليه الفتوى .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيجب الضمان على من حبس شخصاً فمات جوعاً ؛ لأنه لا حق له في حبس حرية إنسان ، وإذا حبسه فلا بد من تأمينه الطعام والشراب ، فإذا لم يؤمنه ومات من قلة الطعام والشراب كان متعدياً ، فيجب عليه ضمان الدية .

---

(١)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٨ .
(٢)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٥٩٩ .
(٣)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٨ .
(٤)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٥٩٩ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٥٣ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٨ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٢ ، ص ٥٢٩ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٥٣ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٨ .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة بناءً على القول الثاني غير الراجح هو عدم التعدي.

المسألة الثانية

لو قطع يدي رجل عمداً فبرئت اليدان ، فقطع المجني عليه إحدى يدي الجاني ، وعفـا عن الأخرى على الدية وقبضها ، ثم عاد المرض ليد الجاني ومات ، فلـيس لورثتـه مطالبـة المجني عليه بشيء ؛ لأن القصاص لا تضمن سرايته ، وبذلك قـال : جمهـور الفقهـاء مـن الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

إذا سلم شخص بالغ نفسه إلى سباح ليعلمه السباحة فغرق ، فلا يضمن ديته ؛ لأنه في يد نفسه فلا ينسب إلى التفريط في هلاكه إلى غيره فلا يجب ضمانه ، وبذلك قال : الشـافعية[٤] ، والحنابلة[٥] . فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا كان بالغ على طرف سطح وهو في غفلة ، فصاح رجل ففزع منها وسقط ميتاً ، فهل يضمن الصائح ديته أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن ديته ؛ لأن البالغ في حال غفلته يفزع من الصيحة كما يفـزع الصـبي ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٦] ، والشافعية في قول[٧] ، والحنابلة[٨] ، والزيدية[٩] .

القول الثاني : لا يضمن ديته ؛ لأن البالغ معه من الضبط ما لا يقع به مع الغفلة ، وبذلك قال : الشافعية في قول[١٠] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيجب الضمان على من صاح على غيره فسقط ومات ؛ لأنه متسبب في ذلك ومتعدٍ ؛ لأن الإنسان وإن كان بالغاً إلا أنه في حال غفلته يفزعـه الصوت المفاجيء .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٤٧ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٤٨٥ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٤٤٣ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١١ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٧ .
(٦)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٧ . علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١٢٨ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١١ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٨ .
(٩)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٠٩ .
(١٠)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١١ .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة بناءً على القول الثاني غير الراجح هو عدم التعدي.

المسألة الخامسة

إذا حفر بئراً في أرض موات ليتملكها أو لينتفع بها الناس ، فهلك بها إنسان ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد في حفرها ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء مـن الحنفيـة[١] ، والمالكيـة[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والزيدية[٥] ، والإمامية[٦] . فالمانع من الضمان هو عدم التعدي .

المسألة السادسة

إذا حفر بئراً في داره ، فدخلها رجل بغير إذنه فسقط في البئـر ، فـلا ضـمان علـى صاحب الدار ، لأنه ليس من جهته تفريط في هلاكه ، وبذلك قال : الحنفية[٧] ، والمالكيـة[٨] ، والشافعية[٩] ، والحنابلة[١٠] ، والزيدية[١١] ، والإمامية[١٢] .

فإن دخلها بإذنه فسقط في البئر فمات ، فهل يضمن صاحب الدار أم لا ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن ذلك ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفيـة[١٣] ، والمالكيـة[١٤] ، والشافعية في قول[١٥] ، والحنابلة بشرط أن تكـون البئـر مكشـوفة والـداخل بصـيراً [١٦] ، والزيدية[١٧] ، والإمامية[١٨] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن الواقع في البئر هو مـن أهلـك نفسه ، فأشبه ما لو قدم إليه سكيناً فقتل بها نفسه[١] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ١٦،٢٢ .
(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٥ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٤٤ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٦ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٥ .
(٦)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢١٧ .
(٧)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٣ .
(٨)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٥ .
(٩)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .
(١٠)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧١ .
(١١)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٥ .
(١٢)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢١٧ .
(١٣)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٣ .
(١٤)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٥ .
(١٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .
(١٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧١ .
(١٧)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٥ .
(١٨)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢١٧ .

القول الثاني : يضمن ذلك ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[٢] ، والحنابلة إذا لم تكن البئر مكشوفة وكان الداخل أعمى[٣] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : أنه تلف بسببه فضمنه ، كما لو قدم له طعاماً مسموماً[٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من حفر بئراً في داره فسقط بها إنسان دخل الدار بإذن صاحبها ، وذلك لما يأتي :

١- لأنه لم يتعد في ذلك .

٢- أنه حفر في ملكه ، لا في ملك غيره ، فلا ضمان عليه .

٣- أنه لم يباشر إهلاك غيره ، كما أن فعله مأذون فيه .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة السابعة

إذا وضع على جدار بيته جرة ماء فرمتها الريح على إنسان فمات ، فلا ضمان عليـه ؛ لأنه وضعها في ملكه ووقعت من غير فعله ،وبذلك قال: جمهـور الفقهـاء مـن الحنفيـة[٥] ، والشافعية[٦] ، والحنابلة [٧] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الثامنة

إذا بنى حائطاً في ملكه فمال الحائط إلى الطريق ووقع على إنسان فقتله ، فهل يضـمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : أنه يضمن ، وبذلك قال : الحنفية في وجه الاستحسان[٨] ، والمالكية[٩] ، والشافعية في قول[١٠] ، والحنابلة[١١] ، والزيدية[١] .

---

(١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧١ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧١ .
(٤)المصدر نفسه ، ج٩ ، ص ٥٧١ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ١١ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٢٧ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .
(٧)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٧ .
(٨)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٩ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص١٢٢ .
(٩)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٧ .
(١٠)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦-١٧ .
(١١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧١ .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٢] :

١-لأنه لما مال إلى الطريق لزمه إزالته ، فإذا لم يزله صار متعدياً بتركه فضمن من هلك به ، كما لو أوقع مائلاً إلى الطريق وترك نقضه حتى هلك به إنسان .

٢-ولأن الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ، ورفعه في قدرته ، فإذا طولب برفعه لزمه ذلك ، فإذا امتنع مع التمكن منه صار متعدياً فيلزمه الضمان .

٣-ولأن الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام ، كالكفار إذا تترسوا بالمسلمين .

القول الثاني : لا يضمن ، وبذلك قال : الحنفية في وجه القياس[٣] ،والشافعية في المذهب[٤] ، والظاهرية[٥] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه لم يوجد منه صنع هو فعل ، ولا مباشرة ، ولا تسبب ، والضمان لا يكون إلا باعتبار ذلك[٦] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيضمن صاحب الحائط في هذه الحالة ، وذلك لما يأتي :

١-أن الحائط إذا مال إلى الطريق لزمه إزالته ؛ لأن الطريق حق لجميع الناس ، فإذا تركه بدون إصلاح فتلف به إنسان ونحوه فعليه ضمانه .

٢-أنه يعد متعدياً في ذلك ، والتعدي عليه الضمان .

٣-أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام .

فالمانع من الضمان بناء على القول الثاني غير الراجح هو عدم التعدي .

المسألة التاسعة

إذا بنى حائطاً في ملكه وكان مستوياً غير مائل ، فسقط على إنسان فقتله ، فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٧] ، والشافعية[٨] ، والحنابلة[٩] ، والظاهرية[١٠] ، والزيدية[١] .

---

(١)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢٣ .

(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٩ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص١٢٢ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦-١٧ .

(٣)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص١٢٢ .

(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦-١٧ .

(٥)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٢٨ .

(٦)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص١٢٢ .

(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٩ .

(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٢ .

(٩)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٢ .

(١٠)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٢٨ .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-لأنه بناه في ملكه ووقع من غير فعله ، فأشبه إذا وقع من غير ميل[٢] .

٢-لأنه لم يوجد منه تعدٍ ، فهو قد وضع البناء في ملكه[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة العاشرة

إذا بنى حائطاً معتدلاً فمال إلى ملكه ، أو بناه مائلاً إلى ملكه فسقط على إنسان فقتلـه ، فلا ضمان عليه ؛ لأن له أن يتصرف في ملكه كيف شاء ؛ ولأنه لم يوجد منه صنع هو تعـدٍ ، وبذلك قال :جمهور الفقهاء من الحنفيـة[٤] ، والشـافعية [٥]، والحنابلـة[٦] ، والظاهريـة[٧] ، والزيدية[٨] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الحادية عشرة

إذا أخرج ميزاباً[٩] إلى الشارع فسقط على إنسان فقتله ، أو بهيمة فأتلفها ، فهل يضـمن صاحب الميزاب أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يجب ضمانه ، وبذلك قال : الحنفية[١٠] ، والشافعية في الجديد[١١] ، والحنابلة في المذهب[١٢] ، والزيدية[١٣] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة النبوية ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١-قول رسول ا ﷺ ﴿ **من أخرج شيئاً من حده فأصاب به إنساناً فهو ضامن** ﴾[١] .

---

(١)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢٣ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٢ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٢ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٩ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٢ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٨-٩ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٢ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٢ .
(٧)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٢٨ .
(٨)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢٣ .
(٩)**الميزاب :** أنبوب من معدن ونحوه يسيل به الماء من السطح ونحوه إلى الأرض . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٤٧٠ .
(١٠)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٦ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٢ .
(١١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤ .
(١٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٦ .
(١٣)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢١ .

وجه الدلالة : أن هذا نص صريح في إيجاب الضمان .

يجاب عن ذلك : قال ابن حزم : إن هذا الخبر لا يصح ؛ لأنه مرسل ، والمرسل لا حجة فيه ، وأما الرواية عن علي فهي باطلة لضعف رواتها [٢] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي :

١-لأنه ارتفق بهواء طريق المسلمين ، فإذا تلف به إنسان وجب عليه ضمانه[٣] .

٢-لأن مسبب لهلاك ما تلف بما أحدثه ، وهو متعدٍ بهذا التسبب ، فإنه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة[٤] ، والدليل على عدوانه : وجوب ضمان البعض ، ولو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباحات [٥] .

٣-أنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل[٦] .

القول الثاني : لا يجب ضمانه ، وبذلك قال : المالكية[٧] ، والشافعية في القديم[٨] ، والظاهرية[٩].

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[١٠] :

١-لأنه غير متعدٍ بإخراجه فلم يضمن ما تلف به ، كما لو أخرجه إلى ملكه .

٢-ولأنه مضطر إليه لا يجد بداً منه ، فلم يلزمه ضمان ما تلف به .

يجاب عن ذلك :أنه قول غير صحيح ؛ لأنه يمكنه أن يحفر في ملكه بئراً يجري الماء إليها[١١] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيجب الضمان ، وذلك لما يأتي :

١-أنه متعدٍ بإخراج الميزاب إلى الطريق العام ؛ لأن الطريق حق للجميع .

٢-أن ميزابه ألحق ضرراً بالغير ، ومن ألحق بغيره ضرراً ضمن .

٣-لا توجد ضرورة إلى إخراجه إلى الشارع العام ؛ لأن بإمكانه حفر بئر في ملكه وتصريف ماء السطح إليه .

---

(١)أخرجه الهيثمي واللفظ له ، **مجمع الزوائد** ، ج٦ ، ص ٢٩٢ . ورواه ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٧٢ . **قال ابن حزم :** أما الخبر المذكورفلا يصح ؛ لأنه مرسل عن الحسن ، والمرسل لا حجة فيه ، ولم يسنده أحد إلا حماد بن مالك وليس بالقوي قاله البزار وغيره فسقط التعلق به ، وأما الرواية عن علي فهي باطلة .

(٢)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٢٧ .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٥ .

(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ٦ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٥ .

(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٥ .

(٦)المصدر نفسه، ج٩ ، ص ٥٧٥ .

(٧)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٧ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٦

(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤ .

(٩)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٢٧ .

(١٠)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤ .

(١١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤ .

فالمانع من الضمان بناءً على القول الثاني غير الراجح هو عدم التعدي .

المسالة الثانية عشرة

إذا وقف رجل في ملكه أو في طريق واسع فاصطدم به رجل فمات ، فلا ضمان عليه ؛ لأن التفريط من الآخر ، ولا تعدي من الواقف ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والظاهرية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة عشرة

إذا اصطدمت سفينتان أو سيارتان بغير تفريط ممن يقودهما ، فهل يجب الضمان عليهما أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يجب الضمان عليهما ؛ لعدم التفريط منهما ، فأشبه ما لو تلفت بصاعقة ، وبذلك قال : المالكية[٣] ، والشافعية في قول[٤] ، والظاهرية[٥] ، والزيدية[٦] .

القول الثاني : يجب الضمان عليهما ، كما في الفارسين إذا عجزا عن ضبط الفرسين ، وبذلك قال : الشافعية في قول ثانٍ[٧] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان في هذه الحالة ؛ لأن كلاً منهما لم يتعد .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة عشرة

إذا استأجر رجلاً ليبني له بيتاً ونحوه ، فسقط معلم البناء أو عامله ، فلا ضمان على صاحب البيت ، وبذلك قال : الحنفية[١] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٦ .
(٢)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٠٣ .
(٣)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٦ . الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣٠٩ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٣٠ .
(٥)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠ ، ص ٥٠٣ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٤ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٣٠ .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي[1] .

المطلب الرابع

انتفاء معنى الضمان أصلاً

إذا انتفى معنى الضمان ، فلا يترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

لو قطع يدي رجل عمداً فمات المجني عليه من قطعهما ولم يبرأ ، فقطع الوارث إحدى يدي الجاني ، فمات الجاني من قطع يده قبل أن تقطع الأخرى ، فلا يرجع الوارث بدية اليد الأخرى ؛ لأن الجناية إذا صارت نفساً سقط حكم الأطراف ، وقد سرى[٢] قطع يد الجاني إلى النفس فاستوفى النفس بالنفس ، وبذلك قال : الشافعية[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو انتفاء معنى الضمان ؛ لأنه استوفى النفس بالنفس ، فلا ضمان بالمال .

المسألة الثانية

إذا جنى على يد رجل بالقطع ، فسرى القطع إلى النفس ، فاقتص ولي الدم منه بقطع اليد ثم عفى عن النفس على غير مال ، فهل يضمن الولي الذي عفى عن اليد أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الولي اليد ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والصاحبان[٥] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٦] :

١- لأنه قطعها في حال لا يترتب عليه ضمانها ، فأشبه إذا قطع يد مرتد فأسلم .

٢- ولأن العفو إسقاط يرجع إلى ما بقي دون ما استوفى ، كما لو قبض بعض دينه ثم أبرأه .

٣- أن الأطراف تابعة للنفس فمن ضرورة ثبوت حقه في النفس ثبوت حقه في الأطراف ؛ لأن الحق في التبع إنما يثبت بثبوته في الأصل ، ولهذا لم يكن استيفاء الطرف موجباً للضمان عليه قبل العفو فكذلك بعد العفو .

---

(١)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٢ .

(٢)**السراية :** تجاوز التلف عما هو مقرر إلى غيره ، كمن اقتص منه بقطع أصبعه ، فالتهب مكان القطع وسرى ذلك إلى جميع البدن فمات الإنسان من ذلك . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢٤٣ .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٤٨٥ .

(٤)المصدر نفسه، ج١٨ ، ص ٤٨٥ .

(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٥٠ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٦١ .

(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٥٠ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٤٨٥ .

٤-أنه لو أعقب القطع قتلاً لم يضمن شيئاً ، وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه في الطرف ، فكـذلك إذا أعقبه عفواً ؛ لأنه في العفو محسن ، وإحسانه لا يكون موجباً للضمان عليه

٥-أنه بعد العفو لو سرى إلى النفس لم يضمن شيئاً ، والقطع الساري أفحش من المقتصر ، وإذا كان لا يضمن بعد العفو إذا سرى شيئاً ، فإذا اقتصر أولى أن لا يضمن .

القول الثاني : يضمن اليد بالدية ، وبذلك قال : أبو حنيفة[١] ، والحنابلة[٢] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[٣] :

١-أنه استوفى طرفاً لا حق له في استيفائه من نفس متقومة فيكون مضموناً عليه .

٢-أن نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص ، إلا أن تقومها سقط في حق الاستيفاء بما سبق .

٣-أنه لا حق لمن له القصاص في القتل استيفاء الطرف ؛ لأن استيفاء الطرف قطع ، وأن حقه في القتل والقطع غير القتل ؛ لأن الأطراف تابعة للنفس ، ولا يثبت له الحق فـي اسـتيفائها إلا تبعاً لا مقصوداً ، فإذا استوفى الطرف مقصوداً كان مستوفياً ما ليس بحق له .

٤-أنه قبل العفو يتمكن من أن يجعل الطرف تابعاً للنفس فلا يضمن شيئاً ، أما بعد العفـو فقـد سقط حقه في النفس وبقي الطرف مقصوداً بالاستيفاء ، ولا حق له فيه مقصوداً ، فكان مضموناً عليه ، بـدليل : أن من وجب له القصاص على امرأة فزنى بها يلزمه الحد ، والمستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ، فلو ثبت من له الحق أطرافها مقصوداً لصار ذلك شبهة فـي إسـقاط الحد .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الولي ، وذلك لما يأتي :

١-أن قطع اليد تم في فترة ينتفي فيها الضمان عن القاطع .

٢-أن العفو إسقاط يرجع إلى ما بقي دون ما استوفي .

٣-أن استيفاء الطرف لا يوجب الضمان قبل العفو فكذلك بعد العفو .

٤-أن ولي الدم عندما عفى كان محسناً في عفوه ، والمحسن لا ضمان عليه لقوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[٤] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٥٠ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٩١ .
(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٥٠-١٥١ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٩١ .
(٤)سورة التوبة ، من الآية / ٩١ .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو انتفاء معنى الضمان ؛ لأن قطع اليد تم في فترة ينتفي فيها معنى الضمان أصلاً .

المطلب الخامس

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أرسل سهماً على حربي فأصابه وهو قد أسلم ومات ، فهـل يضـمن ديتـه أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا يضمن ديته ؛ لأن لسبب وجد من جهته في حال هو مأمور بقتله ، ولا يمكنـه تلافي فعله عند الإسلام ، فلا يجب ضمانه ، كما لو جرحه فأسلم ثم مات ، وبذلك قال : الشافعية في قول [1] .

القول الثاني : يضمن ديته ؛ لأن الاعتبار بحال الإصابة دون حال الإرسال ؛ لأن الإرسال سبب والإصابة جناية ، والاعتبار بحال الجناية لا بحال السبب ، بدليل : أنه لو حفر بئراً في الطريق ، وهناك حربي فأسلم ووقع فيها ومات ضمنه ، وإن كان عند السبب حربياً ، ويخالف إذا جرحه فأسلم ثم مات ؛ لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون ، وبذلك قال : الشافعية في المذهب[2] ، والحنابلة [3] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من قتل الحربي ثم أسـلم ؛ لأن من أرسل السهم أرسله وهو مأمور من قبل الشارع بقتله ، والعبرة في الابتداء لا في الانتهاء ، وهذا يقاس على ما لو جرحه فأسلم ثم مات ، فلا ضمان عليه .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الشارع ، فالمسلم عندما أرسل سـهمه كان في حالة يجب عليه تنفيذ أمر الشارع .

المطلب السادس

حالة الضرورة

تعد حالة الضرورة مانعة من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قتل المسلمون مسلماً تترس به الكفار في حالة الضرورة ، فلا قصاص ، لكن هـل تضمن ديته أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(1)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٤ .

(2)المصدر نفسه، ج١٩ ، ص ٤ .

(3)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٤٢-٣٤٣ .

القول الأول : لا يضمن ديته ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والشافعية في قول[٢] ، والحنابلة في رواية [٣] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-لأن القاتل مضطر إلى رميه[٤] .

٢-لأن رمي الكفار فرض على المسلم ، والفروض لا تقترن بالغرامات[٥] .

٣-قياساً على من مات بالحد أو القطع فلا ضمان على من أقام عليه الحد[٦] .

القول الثاني : يضمن ديته ، وبذلك قال : المالكية[٧] ، والشافعية في القول الثاني[٨] ، والحنابلة في رواية[٩] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه ليس من جهة المقتول تفريط في الإقامة بين الكفار ، فلم يسقط ضمانه [١٠] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه ، وذلك لما يأتي :

١-أن هذه حالة ضرورة ، فالرامي مضطر لرمي الكفار محافظة على أرواح جيش المسلمين ، والقواعد الشرعية تنص على : كقاعدة (**الضرورات تبيح المحظورات**) [١١] . وقاعدة (**الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**)[١٢] ، وقاعدة (**إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما**)[١٣] ، وقاعدة (**يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام**)[١٤] .

---

(١)ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٤ ، ص ٣٠٥ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٧ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٩٩ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٧ .
(٥)ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٤ ، ص ٣٠٥ .
(٦)المصدر نفسه ، ج٤ ، ص ٣٠٥ .
(٧)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٢ ، ص ١٧٨ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٧ .
(٩)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٩٩ .
(١٠)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٧ .
(١١)**معنى القاعدة :** أن من اضطر إلى أمر يباح له ذلك الأمر ، وهي الحالات الاستثنائية ، فمن خشي الموت جوعاً ، ولم يجد إلا الميتة للمحافظة على حياته فيحل له تناولها . أنظر ، الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف (٦٠٠) ج٢ ، ص ٩٩٥ .
(١٢)**معنى القاعدة :** أن الضرر الشديد يزال بالأخف ، فلوا ابتلعت دجاجة شخص جوهرة ثمينة لغيره فلصاحب الجوهرة أن يتملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج الجوهرة ، انظر ، الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٥٩٠) ج٢ ، ص ٩٨٣ .
(١٣)**معنى القاعدة :** أن المفاسد إذا تعارضت جاز لنا ارتكاب الأخف في سبيل دفع الأشد ، فيجوز السكوت عن إنكار المنكر في بعض الحالات إذا كان يترتب على إنكارها ضرر عظيم . انظر ، الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٥٩٢) ج٢ ، ص ٩٨٤ .
(١٤)**معنى القاعدة :** أن الضرر العام ينبغي دفعه أولاً وإن ترتب على دفعه ارتكاب ضرر خاص ؛ لأن مصلحة الجماعة أولى من مصلحة الفرد ، فيجوز للحاكم بيع أموال المحتكرين المحتكرة وإن أضرهم ذلك ، دفعاً لضرر الاحتكار عن العامة . انظر ، الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٥٩٣) ج٢ ، ص ٩٨٤ .

٢-أن رمي المسلم للكفار فرض من الفروض ، والمسلم يلتزم أوامر الشـارع ، والفـروض لا يترتب عليها ضمان .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو حالة الضرورة ومصلحة الجماعة .

المطلب السابع

عدم مباشرة الفعل

إذا لم يباشر شخص فعل الجناية بنفسه ، فعدم المباشرة تعد مانعاً من ترتب الضـمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا ألقى شخص شخصاً آخر في ماء يسير يقدر على الخروج منه ، فلبث فيه باختيـاره حتى مات فلا قصاص ولا يضمن ديته ؛ لأن هذا الفعل لم يقتله ، وإنما حصل موته بلبثـه فيـه وهو فعل نفسه ، فلم يضمنه غيره ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[١] ، والشـافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

فالمانع من الضمان عدم مباشرة الشخص للفعل الذي أدى إلى موت من ألقاه فـي ذلـك الماء .

المسألة الثانية

إذا ترك رجل شخصاً في نار يمكنه التخاص منها لقلتها ، أو لكونه فـي طـرف منهـا يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قصاص ، لكن هل يضـمن ديتـه أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا يضمنها ؛ لأنه مهلك لنفسه بإقامته فلا يضمنه ، كما لو ألقاه في مـاء يسـير ، لكن يضمن ما أصابت النار منه ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٤] ، والحنابلة في روايـة[٥] ، والإمامية في قول[٦] .

القول الثاني : يضمن ديته ؛ لأنه جانٍ بالإلقاء المفضي إلى الهلاك ، وترك التخاص لا يسـقط الضمان ، كما لو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء ؛ لأنه لا يهلك بنفسه ، ولهذا يدخله

---

(١)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٧ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٠ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٢٦ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٠-١١ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٢٦ .
(٦)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ١٨-١٩ .

الناس للسباحة والصيد ، وأما النار فقليلها يهلك ، وبذلك قال : الشافعية في قول[١] ، والحنابلة في رواية[٢] ، والإمامية في قول[٣] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا يضمن ديته في هذه الحالة ؛ لأن فعله لا يعد إتلافاً من قبله ، وإنما المتروك هو من اختار ذلك ، فالمباشرة تقدم على السبب.

فالمانع من الضمان عدم مباشرة الشخص للفعل الذي أدى إلى الموت .

المسألة الثالثة

إذا بعث السلطان إلى شخص فخاف منه فهلك ، فهل يجب على السلطان ضمان ديته أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يجب على السلطان ضمانه ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ،والزيدية[٦].

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من الآثار بما يأتي :

أن امرأة ذكرت عند عمر ﷺ بسوء فبعث إليها ، فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هي في الطريق إذا فزعت فضربها الطلق ، فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات . فاستشار عمر ﷺ أصحاب النبي ﷺ فقال له عثمان وعبد الرحمن : لا شيء عليك إنما أنت والٍ ومؤدب ، وصمت علي ﷺ فقال له : ما تقول ؟ فقال علي : إن اجتهدا فقد أخطئا ، وإن لم يجتهدا فقد غشاك ، إن ديته عليك ؛ لأنك أنت أفزعتها فألقت ، فقال عمر ﷺ : عزمت عليك لا برحت حتى تفرقها على قومك –يعني عاقلة عمر- [٧] . ولم ينكر عثمان وعبد الرحمن ذلك ، فدل على أنهما رجعا إلى قوله فصار إجماعاً[٨] .

يجاب عن ذلك : أن الصحابة قد اختلفوا في هذه المسألة ، فالواجب الرجوع إلى ما أمر ا تعالى به بالرجوع إليه ، وإلى رسوله ﷺ ، فالمبعوث من قبل عمرﷺ بعث بحق ، ولم يباشر الباعث فيها شيئاً أصلاً ، فلا شيء عليه ، وإنما كان يكون عليه دية ولدها لو باشر ضربها ،

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٠-١١ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٢٦ .
(٣)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ١٨-١٩ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٣ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٩ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢٤ .
(٧)رواه عبد الرزاق ، **المصنف** ، حديث رقم "١٨٠١٠" ، ج٩ ، ص ٤٥٨-٤٥٩ . رواه البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٦ ، ص ١٢٣ . وذكره الزيلعي ولم يعلق عليه ، الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٦ ، ص ٤٨١ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ،ج١٩،ص١٣. ابن قدامة ، **المغني** ،ج٩،ص٥١٠ . ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ٢٤ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٣ .

وهو لم يفعل شيئاً من ذلك ، ولا فرق بين هذا وبين من بنى حائطاً فسقط فمات من هويه إنسان فلا ضمان عليه[١] .

القول الثاني : لا يجب ضمانه ، وبذلك قال : الظاهرية[٢] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيجب الضمان على الإمام ؛ لأنه متسبب بذلك ، والتسبب يوجب الضمان .

فالمانع من الضمان بناءً على القول غير الراجح عدم مباشرة الفعل .

المسألة الرابعة

إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً وبقي زماناً سالماً غير متألم ثم مات ، لـم يضـمنه ؛ لأن الظاهر أنه لم يمت من الضرب ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] . فالمانع من الضمان عدم مباشرة الفعل .

المسألة الخامسة

إذا ضرب بطن امرأة فماتت ثم خرج الجنين ميتاً بعد موتها ، يضمن الأم ، لكـن هـل يضمن الجنين أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن الجنين ، وبذلك قال : الشافعية[٦]، والحنابلة[٧] ، والظاهرية[٨] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١-أن النبي ﷺ ﴿ **قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة[٩] عبد أو وليدة** ﴾ [١٠] .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ لم يفرق بين خروجه قبل موت أمه أو بعده ؛ ولأن كل حمل كان مضموناً إذا خرج قبل موت أمه كان مضموناً إذا خرج بعد موتها كما لو ولدته حياً[١١] .

---

[١]ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ٢٥ .
[٢]المصدر نفسه ، ج١١ ، ص ٢٤ .
[٣]علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١٦٠ .
[٤]المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٥٥ .
[٥]ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٥٢ .
[٦]المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٥٦ .
[٧]ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٣٨ .
[٨]ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ٢٩ .
[٩]**الغرة :** هو الذي يكون ثمنه نصف عشر الدية وهي خمس من الإبل . انظر ، الجرجاني ، **التعريفـات** ، ص ١٦٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٤١ .
[١٠]رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ، ج٧ ، ص ٢٨ .
[١١]المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٥٦ .

٢-عن أبي هريرة ﷺ قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاختصموا إلى رسول ا ﷺ فقضى ﷺ ﴿ **أن دية جنينها عبد أو أمـة ، وقضـى بدية المرأة على عاقلتها ، وورثها ولدها ومن معهم** ﴾[١] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[٢] :

١-أن الجنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه ، فوجب ضمانه كما لو سقط في حياتها .

٢-أنه لو سقط حياً ضمنه ، فكذلك إذا سقط ميتاً .

٣-ولأنه آدمي موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لو خرج حياً .

القول الثاني : لا يضمن الجنين ، وبذلك قال : الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : لأنه يجري مجـرى أعضـائها ، وبموتها سقط حكم أعضائها[٥] .

يجاب عن ذلـك : أن ما ذكروه غير صحيح ؛ لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت أمه لم يضمنه كأعضائها[٦] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيجب الضمان ؛ لأنه متسبب في موت الجنين ، فيضمنه .

فالمانع من الضمان بناءً على القول الثاني غير الراجح هو عدم مباشرة الفعل .

المطلب الثامن

عدم الإكراه

يعد عدم إكراه شخص على القيام بفعل مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا هدد رجل رجلاً بصيراً بالسيف ونحوه ولحق به ، فوقع في بئر أو ألقى نفسـه مـن شاهق فمات ، فهل يضمنه أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

---

(١) رواه البخاري،**صحيح البخاري** ،ج٧ ، ص٢٧ .ورواه مسلم واللفظ له، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١١٠ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٣٨ .
(٣)علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١٦٠ .
(٤)مالك ، **كتاب الموطأ** ، ج٢ ، ص ٨٥٦ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٣٨ .
(٦)المصدر نفسه، ج٩ ، ص ٥٣٨ .

القول الأول : لا يضمن في هذه الحالة ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، وبعض الزيدية[٢] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٣] :

١-لأن التهديد واللحاق سبب والإلقاء مباشرة ، فإذا اجتمع السبب والمباشرة سقط حكم السبب وقدمت المباشرة .

٢-ولأن من لحقه لم يلجئه إلى الوقوع ؛ لأنه لو أدركه جاز أن لا يجني عليه ، فصار كما لو جرحه رجل فذبح المجروح نفسه .

القول الثاني : يجب عليه ضمان ديته ، وبذلك قال : الحنابلة[٤] ، وبعض الزيدية[٥] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي : أنه هلك بسبب عدوانه فضمنه ، كما لو حفر له بئراً أو نصب له سكيناً[٦] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان في هذه الحالة ، ذلك لما يأتي :

١-أن المباشرة تقدم على التسبب ، بناءً على القاعدة التي تنص على (**إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر**)[٧] .

٢-عدم وجود إكراه ملجيء ممن هدد غيره؛لأن لحاقه به وتهديده بالسيف قد لا يؤدي إلى قتله .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود الإكراه من قبل ممن هدد غيره .

المسألة الثانية

إذا هدد رجل رجلاً ضريراً بالسيف ونحوه ولحق به ، فوقع في بئر أو ألقى نفسه من شاهق فمات وكان الضرير يعلم بالبئر أو الشاهق ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن ذلك ؛ لأنه ألجأه إلى الوقوع في البئر ، سواء علم بالبئر أم لم يعلم به ، وبذلك قال : الحنابلة[٨] ، والزيدية[٩] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٣ .
(٢)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٢ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٣ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٧ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٢ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٧ .
(٧)الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ف(٦٥٩) ، ج٢ ، ص ١٠٤٧ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٧ .
(٩)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٢ .

القول الثاني : لا يضمن ؛ لأنه كالبصير ، وإن لم يعلم وجب ضمانه ؛ لأنه ألجأه إليه فضمن ، كالشهود إذا شهدوا بالقتل ثم رجعوا ، وبذلك قال : الشافعية[١] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فيضمن من هدد الأعمى ؛ لأنه ألجأه إلى الهلاك وإن كان يعلم بالبئر ، فالأعمى صاحب عذر يختلف عن البصير ؛ لأن الإنسان في حالة الخوف والفزع لا يدري إلى أين يتجه . فالمانع من الضمان في هذه الحالة بناءً على القول الثاني غير الراجح هو عدم وجود الإكراه الملجيء من قبل ممن هدد غيره .

المسألة الثالثة

إذا طلب رجل رجلاً فهرب منه فافترسه سبع في طريقه ، فإن لم يلجئه الطالب إلى موضع السبع ، فهل يضمنه الطالب أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمنه ؛ لأنه لم يلجئه إليه ، وبذلك قال : الشافعية[٢] ، والزيدية [٣] .

القول الثاني : يضمنه ، سواء ألجأه أم لا ، وبذلك قال : الحنابلة [٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة ؛ لأنه لا يوجد إكراه ملجئ ، كما أن السبع مباشر وله اختيار .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود الإكراه من قبل ممن هدد غيره .

المسألة الرابعة

إذا طلب رجل رجلاً فهرب ، فمر في هربه على سقف فانخسف به فسقط فمات ، فهل يضمنه الطالب أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن ، كما لم يضمنه لو افترسه سبع ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٥] ، وبعض الزيدية[٦].

القول الثاني : يضمنه ؛ لأنه ألجأه إلى ما لا يمكنه الاحتراز منه ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[٧] ، والحنابلة[٨]، وبعض الزيدية[٩] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٣ .
(٢)المصدر نفسه ، ج١٩ ، ص١٣ .
(٣)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٢ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٧ .
(٥)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٤ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٢ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٤ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٧٧ .
(٩)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٢ .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الطالب في هذه الحالة ؛ لأنه لم يلجئه إلى ذلك ، كما أن الطالب متسبب والهارب مباشر والمباشرة تقدم على السبب .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عدم وجود الإكراه من قبل ممن هدد غيره .

المطلب التاسع

اجتماع المباشرة مع السبب

يعد اجتماع المباشرة مع السبب مانعاً من ترتب الضمان على المتسبب ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا وضع رجل حجراً في طريق الناس ، فدفعه رجل آخر على هذا الحجر فمات وجب الضمان على الدافع ، ولا ضمان على واضع الحجر ؛ لأن الدافع مباشر وواضع الحجر متسبب ، والمباشرة إذا اجتمعت مع السبب قدمت المباشرة ، فيضمن المباشر ، ولا ضمان على المتسبب ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو اجتماع المباشرة مع السبب ، فيضمن المباشر.

المطلب العاشر

وجود مصلحة عامة

يعد وجود مصلحة عامة مانعاً من ترتب الضمان ،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية:

إذا حفر بئراً في طريق عام لمصلحة المسلمين بغير إذن الإمام ، فهل يضمن ما تلف فيها أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن الحافر ، وبذلك قال : الحنفية[٤] ، والمالكية[٥] ، والشافعية في قول[٦] ، والحنابلة في الرواية الثانية[٧] ، والزيدية[٨] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من الآثار ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من الآثار : واستدلوا بما يأتي :

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ١٤-١٦ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٤ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٥ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٥ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ١٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١١٤ .
(٥)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤٤٥ .
(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .
(٧)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٧ .
(٨)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٥ .

أن عمرو بن الحارث حفر بئراً في طريق عام ، فوقعت فيها بغلـة ، فضـمنه شـريح قيمتها ، وكان قضاؤه بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر أحد منهم ذلك [١] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[٢] :

٢-أن الحافر بمنزلة الدافع للواقع في حفرة ، فإنه بفعله أزال ما يستمسك به الناس على الأرض ، والحكم يضاف إلى الشرط مجازاً عند تعذر إضافته إلى السبب ، والسبب هنا ثقل الماشي فـي نفسه ، ولا يمكن إضافة الحكم إليه ، إذ لا صنع لأحد من العباد فيه،فيصير مضافاً إلى الشرط .

٣-ولأن الحافر سبب لوقوعه ، وهو متعد في هذا السبب ؛ لأنه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة .

٤- لأن ما تعلق بمصلحة المسلمين يختص به الإمام ، فمن تعدى على حق الإمام كان متعدياً ، فضمن من هلك به .

القول الثاني :لا يضمن،وبذلك قال:الشافعية في قول[٣] ، والحنابلة في الصحيح[٤]، والإمامية[٥] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي :

١-لأنه حفرها لمصلحة المسلمين من غير إضرار ، فصار كما لو حفرها بإذن الإمام[٦] .

٢-أن هذا مما تدعوا إليه الحاجة ، ويشق استئذان الإمام فيه ، وهو مما عمت به البلوى ، ففـي وجوب استئذان الإمام فيه تفويت للمصلحة العامة[١] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فعلى الحافر الضمان ، وذلك لما يأتي :

١-أن الحافر متسبب في حفره ، فيضمن من تضرر بسببه .

٢-أن الحافر بغير إذن الإمام متعدٍ في حفره ، ولو كان يقصد مصلحة عامة .

٣-أن المصالح العامة من صلاحيات الإمام ، وليست لعامة الناس ، فمن تصرف في شيء منها فيكون متعدياً على حق الإمام .

فالمانع من الضمان بناءً على القول الثاني غير الراجح وجود مصلحة عامة للمسلمين .

---

(١)رواه أبو يوسف ، الأنصاري ، يعقوب بن إبراهيم . **كتاب الآثار** ،١م ، دار الكتـب العلميـة ، بيـروت ، ١٣٥٥هـ ، ص ٢٢٢ . ورواه ابن أبي شيبة ، **المصنف** ، حديث رقم " ١١ " ، ج٦ ، ص ٣٥٠ . ورواه عبد الرزاق،**المصنف**،حديث رقم"١٨٤٠٤ "،ج١٠ ، ص ٧٣ . ورواه البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٨ ، ص ١١١ .

(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٧ ، ص ١٤-١٥ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ . ابن قدامـة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٤ .

(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .

(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٧ .

(٥)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢١٧ .

(٦)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٦ .

المبحث الثالث

موانع ضمان الجناية على النفس بغرض التأديب

حث الإسلام على التربية الأخلاقية وتحسين الخلق ، وشرع الوسائل التربوية التي تعين على ذلك ، ومن هذه الوسائل التي شرعها قضية التأديب عند الحاجة باستخدام أسلوب العقـاب البدني ، وهذا النوع من العقاب قد يترتب عليه إلحاق ضرر بالمؤدب ، مما يؤدي إلـى ترتـب الضمان عليه ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في حال الجناية علـى الـنفس لحاجـة التأديب ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : فعل ما فيه المصلحة .

المطلب الثاني : تنفيذ أمر الشارع .

المطلب الأول

فعل ما فيه المصلحة

يعد فعل ما فيه مصلحة للصغير ونحوه مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا ضرب الأب أو الوصي أو المعلم- بإذن الأب- تأديباً في الموضع المعتاد ، فمـات المؤدب وهو الصغير ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان ولا دية على المؤدِبِ ، وبذلك قال : الحنفية[٢] ، والحنابلة[٣] ، وبعـض الزيدية[٤] .

القول الثاني : يجب الضمان ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء كأبي حنيفة في الأب والوصي دون المعلم[٥] ومحمد في قوله الثاني[٦] ، والمالكية[٧] ، والشافعية[٨] ، وبعض الزيدية[٩] .

---

(١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٦٧ .
(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣٠ ، ص ٤٨ .ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٠٦ . علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١٣٤ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٤٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ١٧ .
(٤)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢٥ .
(٥)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣٠ ، ص ٤٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج ٧ ، ص ٣٠٥ .
(٦)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٠٦ .
(٧)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣٤٧-٣٤٨ .
(٨)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٨٧ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٣ .
(٩)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٢٥ .

وجه قول أبي حنيفة :

١-أن الأب إنما يؤدب لمنفعة نفسه ، وما يباح للمرء شرعاً لمنفعة نفسه يقيد بشرط السلامة ، كتعزير الزوج لزوجته ، وبيان الوصف أن الأب لا يعزر بسوء أدب ولده ، وإنما يزجره عن ذلك لدفع العار واللوم عن نفسه ، وبه فارق المعلم ، فإنه لا يؤدب الصبي لمنفعة نفسه ، فإذا صار مباحاً له شرعاً لم يتقيد عليه بشرط السلامة ، فالأب يغيظه سوء أدب ولده وربما يحمله الغيظ على المبالغة في تأديبه ، وترك الاحتياط ، فلهذا يتقيد بشرط السلامة[١].

٢-لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرز عنها امتنع عن التعليم ، فكان في التضمين سد باب التعليم ، والناس محتاجة إلى التعليم ، فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرورة ، وهذه الضرورة لم توجد في الأب ؛ لأن لزوم الضمان لا يمنعه عن التأديب لفرط شفقته على ولده[٢] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على المؤدِب إذا أتلف من يؤدبه سواء أكان أباً أم معلماً ، وذلك لما يأتي :

١-أنه بتأديبه يفعل ما فيه مصلحة للصغير ، فهو محسن في ذلك ، والمحسن لا يترتب عليه الضمان .

٢-أنه لا وجه لتفريق أبي حنيفة بين المعلم والأب ، فتأديب الأب لولده لا يكون لمنفعة نفسه فقط ، وإنما فيه عدة مصالح ، فمنها ما يعود على الصبي المؤدَب ، ومنها ما يعود على المجتمع الإسلامي برفده بطاقات مؤدبة ، تحافظ على ديمومة هذا المجتمع وصلاحه .

٣-أن المعلم إذا أذن له الأب أن يضرب الولد فلا ضمان على المعلم ، فمن أعطى الإذن من باب أولى أن لا يضمن إذا أدب فأهلك ولده .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو فعل ما فيه المصلحة للصغير وللمجتمع .

المسألة الثانية

إذا ضربت الوالدة ولدها الصغير تأديباً فهلك ، فهل تضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يجب عليها الضمان ، وبذلك قال : الشافعية[٣] ، وبعض الحنفية[٤] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣٠ ، ص ٤٨-٤٩ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج ٧ ، ص ٣٠٥ .
(٢)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج ٧ ، ص ٣٠٥ .
(٣)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٤ .
(٤)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٠٦ .

القول الثاني : يجب عليها الضمان ؛ لأن الضرب تصرف في النفس ، وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلاً ، وبذلك قال : أبو حنيفة[١] ، والمالكية[٢] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الأم ؛ لأنها كالأب ، ولها ولاية على ولدها ، ولأن كمال شفقتها على الولد تمنعها من التأديب المبالغ فيه على ولدها ، فلذلك لا تضمن نتيجة التأديب فيما لو هلك الولد بهذا التأديب .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو فعل ما فيه المصلحة للصغير وللمجتمع .

المطلب الثاني

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا ضرب الزوج زوجته تأديباً كما تضرب حال نشوزها[٣] فماتت ، فهل يضمن الزوج ديتها أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : يضمن ذلك بالإجماع ، وبذلك قال : الحنفية[٤] ، والمالكية[٥] ، والشافعية[٦] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١-قول رسول الله ﷺ ﴿ **لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم** ﴾ [٧].

٢-قوله ﷺ بعد الإذن في ضرب النساء في حال النشوز ﴿ **فلا تجدون أولئك خياركم** ﴾ [٨].

وجه الدلالة : أن المؤدب إذا كان ترك الضرب خير له ، فأولى أن يضمن إن أتلف المضروب ؛ لأنه عامد للضرب الذي حصل به التلف [٩] .

---

(١)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٠٦ . علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١٣٤ .

(٢)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣٤٧-٣٤٨ .

(٣)**النشوز :** نشزت المرأة من زوجها إذا عصته وامتنعت عليه . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٦ ، ص ٤٤٥ .

(٤)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج ٧ ، ص ٣٠٥ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٠٦ . علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١٣٤ .

(٥)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣٤٧-٣٤٨ .

(٦)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩٠ . الرافعي ، **فتح العزيز** ، ج١٠ ، ص ١١٧ .

(٧)رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ، ج٦ ، ص ١٥٣ .

(٨)رواه أبو داود ، **سنن أبي داود** ، حديث رقم " ٢١٤٦ " ، ج١ ، ص ٤٧٦ . ورواه ابن ماجة واللفظ له ، **سنن ابن ماجة** ، حديث رقم " ١٩٨٥ " ، ج١ ، ص ٦٣٨ . **قال الهيثمي :** روى ابن ماجة بعضه ، ورواه البزار ، وفيه جعفر ين يحيى وهو مستور ، وبقية رجاله ثقات ، وقد روى أبو داود لجعفر هذا وسكت عنه فحديثه حسن . انظر ، الهيثمي ، **مجمع الزوائد** ، ج٤ ، ص ٣٠٣ .

(٩)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩١ .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي :

أن المأذون فيه هو التأديب لا القتل ، ولما اتصل به الموت تبين أنه وقع قتلاً[١] .

القول الثاني : لا يضمن ، وبذلك قال : الحنابلة[٢] ، ومحمد [٣] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من القرآن الكريم بما يأتي : قولـه تعـالى ﴿ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾[٤] .

وجه الدلالة : أن ا تعالى رخص في ضرب الزوج لزوجته حال نشوزها ، وما يترتب علـى هذا الضرب من إتلاف لا ضمان فيه .

المناقشة والتـرجيح : الراجح هو القول الأول ، فيضمن إذا ضرب زوجته فماتت ، وذلك لمـا يأتي :

١-أن النبي ﷺ نهى عن الضرب الشديد للزوجة ، استدامة للعشرة ، فإذا خالف النهي وضـرب ضرباً شديداً ترتب عليه الهلاك فهو ضامن لما أتلفه .

٢-أن الضرب المأذون فيه هو ضرب التأديب فإذا تجاوز إلى القتل ، ترتب عليه الضمان ؛لأنه قتل وليس تأديباً .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة بناء على القول الثاني غير الراجح هو تنفيـذ أمـر الشارع الذي رخص في ضرب المرأة للتأديب .

المسألة الثانية

إذا أدب السلطان ، فجنى على من أدبه بالموت ، فهل يضمن السلطان أم لا ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه إذ لم يقصد موته ، وبذلك قال : المالكية[٥] ، والحنابلة[٦] .

القول الثاني : يضمن السلطان ، وبذلك قال : الشافعية[٧] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من السنة ، ومن المعقول :

---

(١)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج ٧ ، ص ٣٠٥ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٤٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص ٢٣٩ .
(٣)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ١٠٦ .
(٤)سورة النساء ، من الآية / ٣٤ .
(٥)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٥ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٤٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ١٧ .
(٧)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٤ .

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي : قال الشافعي :﴿ إن النبي ﷺ ظهر على قوم قد غَلّوا[١] في سبيل ا ، فلم يعاقبهم﴾ [٢] .

وجه الدلالة : أن العقوبة لو كانت تلزم لزوم الحد ما تركهم ، فالتأديب أمر مباح يحل للإمام تركه بخلاف الحد فإقامته واجبة على الإمام وإلا كان عاصياً تعالى إن لم يقمه[٣] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : لأنه تبين بالهلاك أن السلطان جاوز الحد المشروع في التأديب فوجب الضمان[٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على السلطان ، وذلك لما يأتي :

١-عدم وجود قصد الإتلاف والتعدي عند السلطان في حالة التأديب .

٢-أن قصد السلطان تحقيق المصلحة العامة للمجتمع؛ لأن هذا هو واجبه .

٣-أن السلطان يمتثل أمر الشارع في رعاية الناس والقيام على مصالحهم ، كما أن الشارع جعل العقوبات التعزيزية والتأديبية للسلطان .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الشارع الذي رخص في تأديب السلطان لمن يحتاج التأديب من أفراد الأمة .

---

(١)**الغلول :** أي الخيانة في الغنيمة . انظر ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٦ ، ص ١٢٩ .

(٢)رواه البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج٨ ، ص ٣٢٢ . وانظر ، الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩٠ . ولم أجد أحداً حكم عليه من حيث الصحة وعدمها .

(٣)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩٠ .

(٤)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٤ .

المبحث الرابع

موانع ضمان الجناية على ما دون النفس

حرمت الشريعة الإسلامية الاعتداء على الغير ، وهذا الاعتداء قد يؤدي إلى إتلاف النفس بالموت ، وقد يؤدي إلى إتلاف ما دون النفس ، كأن يقطع يده ، أو يجرحه ، أو يكسر له عظماً ، وهذا الإتلاف يترتب عليه الضمان عن طريق تشريع الدية لكل عضو من أعضاء الإنسان وقع عليه الإتلاف ، لذلك سوف نقوم بالتعرف على موانع الضمان في حال الجناية على مادون النفس من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : عودة المتْلَفِ إلى ما كان عليه .

المطلب الثاني : حالة الدفاع الشرعي .

المطلب الثالث : العفو عن الجناية .

المطلب الأول

عودة المتْلَفِ إلى ما كان عليه

إذا عاد الشيء الذي تم إتلافه إلى الحالة التي كان عليها سابقاً ، فهذا يؤدي إلى منع ترتب الضمان على المتْلِفِ ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا قلع سناً لصغير ، فهل يضمن من قلعها أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه في الحال ؛ لأن العادة في سنه أن يعود وينبت كما لو نتف شعره فنبت مثله ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[1]،والمالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] .

القول الثاني : يضمن قالعها حكومة عدل وإن نبتت ، وبذلك قال : أبو يوسف[5] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان في قلع سن الصغير لأنها تعود في العادة ، أما إذا لم تعد نهائياً ففيها الضمان على القالع .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عودة الشيء التالف إلى الحالة التي كان عليها .

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٦٨ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣٦ .

(2)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤١٠ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٧٤ .

(3)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص١٠١ .

(4)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٤٣٤ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٥٣ .

(5)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣٦ .

المسألة الثانية

إذا قلع سن بالغ فنبتت كما كانت ، فهل يضمن قالعها أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن في هذه الحالة ، وبذلك قال : أبو حنيفة[١] ، والمالكية[٢] ، والحنابلة[٣] .

القول الثاني : يضمن القالع ، وتجب الدية كاملة ، وبذلك قال : أبو يوسف[٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على القالع في هذه الحالة ؛ لأن السن نبتت وعادت كما كانت .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو عودة الشيء التالف إلى الحالة التي كان عليها .

المسألة الثالثة

إذا جرح رجلاً فبرأ ولم يبق للجرح أثر ، فهل يضمن الجارح ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على ثلاثة أقوال :**

القول الأول : لا يضمن الجارح شيئاً ، وبذلك قال : أبو حنيفة[٥] ، والحنابلة في رواية[٦] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٧] :

١-لأن الموجب هو أثر القبح الذي يلحقه بفعله ، وزوال منفعته ، وقد زال ذلك بزوال أثره ، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد كالإجارة الصحيحة ، أو ما يشبه العقد كالفاسد من الإجارة ، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني ، فلا يلزم الغرامة .

٢-أن مجرد الألم لا يوجب شيئاً ؛ لأنه لا قيمة له ، فمن ضرب إنساناً ضرباً مؤلماً من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش[٨] ، وكذلك لو شتمه شتماً يؤلم نفسه لا يضمن شيئاً .

القول الثاني : يضمن ذلك وعليه أرش الألم وهو حكومة عدل ، وبذلك قال : الحنابلة في رواية[٩] ، وأبو يوسف[١٠] .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١١ ، ص ٦٨ .ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣٦ .
(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٤١٠ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٧٤ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٤٣٤-٤٣٥ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ٥٣ .
(٤)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٣٦ .
(٥)المصدر نفسه ، ج٩ ، ص ٩٩ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٦٦٣ .
(٧)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٩٩.
(٨)**الأرش :** هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٢٠ .
(٩)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٦٦٣ .
(١٠)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٩٩ .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا من المعقول بما يأتي[١] : أن أثر القـبح الموجـب إن زال فالألم الحاصل لم يزل .

القول الثالث : يضمن أجرة الطبيب فقط ، وبذلك قال : محمد[٢] .

حجة أصحاب القول الثالث : استدلوا من المعقول بما يأتي[٣] : لأن ذلك أثر فعله ، فكان له أخذ ماله وإعطاؤه الطبيب .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا يضمن الجارح في هذه الحالة ؛ لأن الألم لا قيمة له ، كما لا يمكن تقويمه ، فلا ضمان في هذه الحالة . ولا فرق بين قـول أبـي يوسـف ومحمد ، فالأرش في قول أبي يوسف يفسر على أنه أجرة الطبيب في قول محمد[٤] .

المطلب الثاني

حالة الدفاع الشرعي

تعد حالة الدفاع الشرعي مانعة من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا عض يد شخص ولم يمكنه تخليصها إلا بقلع بعض أسنانه ، أو بـإتلاف شيء لـه ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٥] ، وبعض المالكية[٦] ، والشافعية[٧] ، والحنابلة[٨] ، والزيدية[٩] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة النبوية الشريفة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي : قاتل رجل رجلاً آخـر فعـض أحدهما يد صاحبه فانتزع يده من فيه ، فنزع ثنيته ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال ﴿ **يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل[١٠]،لا دية لك** ﴾[١١] .

وجه الدلالة : أن العاض متعدٍ في فعله ، وليس له العض بحال ، كما أن المعضوض يحق له

([١])ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٩ ، ص ٩٩ .
([٢])المصدر نفسه، ج٩ ، ص ٩٩ .
([٣])المصدر نفسه، ج٩ ، ص ٩٩ .
([٤])المصدر نفسه، ج٩ ، ص ٩٩ .
([٥])السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣٠ ، ص ١٦٢ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ٢٧٤ .
([٦])الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٤٤١ .
([٧])الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ٣١ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤٧ .
([٨])ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٥٤ .
([٩])المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٢ .
([١٠])**الفحل :** الذكر من الإبل . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١١ ، ص ١٦٠ .
([١١])رواه البخاري بلفظه ، **صحيح البخاري** ، ج٨ ، ص ٤١ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٠٤ .

الدفاع عن نفسه ولا يضمن ما يترتب على ذلك[١] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي :

١-لأن فعله ألجأه إلى الإتلاف فلم يضمنه ، كما لو رمى حجراً فرجع الحجر عليه فأتلفه[٢] .

٢-أن صاحب السن هو الجاني والمتعدي بعضه يد غيره على وجه يسقط السن بنزع اليد[٣] .

٣-أن المعضوض دافع للأذى عن نفسه غير مباشر للجناية فلا يكون ضامناً ، كما لو قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط فمات[٤] .

القول الثاني : يضمن ذلك ، وبذلك قال : بعض المالكية [٥] ، وابن أبي ليلى[٦] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي : أن رسول ا ﷺ قضى ﴿ **في السن خمساً من الإبل** ﴾[٧] .

وجه الدلالة : أن عموم الحديث يدل على وجوب ضمان دية السن .

يجاب عن ذلك :أن الحديث يدل على ضمان السن التي قلعت ظلماً ،وهذه السن لم تقلع ظلماً[٨] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : لأنه صار قالعاً لسنه بنزع اليد من فمه إلا أنه معذور في ذلك ، لكنه لا يسقط الضمان عنه كالمضطر[٩] .

المناقشة والترجيح: الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة ، وذلك لما يأتي:

١-أن الحديث الذي استدلوا به صريح في عدم وجوب الضمان، وهو صحيح لا مجال لتأويله .

٢-أن المعضوض غير متعدٍ في فعله ، بل هو في حالة دفاع شرعي ، وحالة الدفاع الشرعي تنفي الضمان .

٣-أن الحديث الذي استدل به أصحاب القول الأول حديث عام لا حجة فيه .

٤-أن العاض هو المتعدي ، والمتعدي غير مضمون فيما يحل به .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو حالة الدفاع الشرعي .

---

(١)لشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ٣١ .

(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤٧ .

(٣)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣٠ ، ص ١٦٢ .

(٤)المصدر نفسه، ج٣٠ ، ص ١٦٢ .

(٥)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٤٤١ .

(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣٠ ، ص ١٦٢ .الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ٣١ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٤٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٥٤ .

(٧)رواه ابن ماجة واللفظ له ، **سنن ابن ماجة** ، ج٢ ، ص ٨٨٥ . وإسناده صحيح . ورواه الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، ج١ ، ص ٣٩٧ . **قال الحاكم :** إسناده صحيح .

(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٥٥ .

(٩)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣٠ ، ص ١٦٢ .

المطلب الثالث

العفو عن الجناية

يعد عفو المجني عليه مانعاً من ترتب الضمان على الجاني ، ويظهر ذلك مـن خـلال المسألة الآتية :

إذا قطع يد إنسان أو شجه موضحة[١] ، فعفا المجني عليه عن الجاني ، فسرى الجـرح إلى النفس فمات المجني عليه ، فهل يضمن الجاني ذلك أم لا؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين:**

القول الأول : لا يضمن الجاني بسبب السراية ، وبذلك قال : الصاحبان[٢] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي[٣] :

١- لأنه عفا عن حقه بعفوٍ صحيح ، وأنه بعد السراية الحق ثابت في الطرف ، فقبـل السـراية أولى ، والدليل عليه أن العفو في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، بدليل أنه لو اقتصر فيهما جميعا لم يضمن شيئاً .

٢-أن الإذن في الابتداء بهذه الألفاظ يسقط ضمان السراية ، فكذلك العفو في الانتهـاء ، وهـو بمنزلة ما لو كان العفو بلفظ الجناية ، والدليل عليه هو أن سبب ثبوت الحق الشجة ، ولولاه لما صح العفو عن الجناية أو عن الجراحة وما يحدث منها ، فإذا عفى عن الشـجة صـار أصـل السبب هدرا ، فالسراية التي تنبني عليه تكون هدرا أيضا ، والدليل عليه أن معنى قوله عفوتـك عن الشجة ، أي : عن موجب هذه الشجة وموجبها القصاص في الشجة إذا اقتصر ، وفي النفس إذا سرى فيصرف العفو اليهما ، كما لو قال المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب يكون ذلك إبراء عن الضمان الواجب بالغصب وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها .

القول الثاني : يضمن الجاني ذلك ؛ لأن العفو بطل ، ويضمن النقصان قياساً ، ويضمن الديـة استحساناً ، وبذلك قال : أبو حنيفة[٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الجاني بهذه السراية ؛ لأنه عفى عن حقه بعفو صحيح .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عفو ولي الدم

---

(١) **شجه موضحة :**وهي الجرح الذي يوضح عن العظم ويكشفه . انظر ، المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٤٠٢ . قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ١٦٢ .

(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٢٦ ، ص ١٥٤ .

(٣)المصدر نفسه ، ج٢٦ ، ص ١٥٤-١٥٥ .

(٤)المصدر نفسه، ج٢٦ ، ص ١٥٤ .

المبحث الخامس

موانع ضمان جناية الطبيب ونحوه على النفس وما دونها

من المعلوم أن الله تعالى خلق الداء ، كما أنه جعل لكل داء دواء ، فالإنسان في جميع مراحل حياته يحتاج إلى الطبيب ليداوي له أمراضه ، وذلك حتى تستقيم أمور معاشه في هذه الحياة الدنيا ، واللجوء إلى الطبيب هو من باب الأخذ بالأسباب التي هي من سنن ونواميس هذا الكون التي أودعها الخالق سبحانه فيه ، وعلم وخبرة ومهارة الأطباء تتفاوت من طبيب إلى آخر ، وهذه الخبرات والمهارات تعتمد على التجربة والاختبار ؛ لأن الشافي الحقيقي هو الله تعالى ، وما الطبيب إلا سبب من الأسباب .

في عصرنا الحاضر أصبحنا نسمع عن الأخطاء الطبية التي يقع فيها بعض الأطباء ، وكثير من الدعاوى رفعت أمام المحاكم على الأطباء بسبب حالات إهمال وأخطاء ارتكبوها أدت إلى موت بعض المرضى في بعض الأحيان ، وفي أحيان أخرى تؤدي إلى نوع من الإعاقة لدى البعض الآخر ، فالخطأ أحياناً يترتب عليه إلزام الطبيب بالضمان ، لذلك سوف نقوم من خلال دراستنا هذه بإلقاء الضوء على الحالات التي لا يترتب فيها الضمان على الطبيب وإعفاؤه من المسؤولية الجنائية ، سواء أكانت على النفس أو ما دون النفس ، وذلك من خلال المطالب الآتي:

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان على الطبيب ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أمر الرجل الطبيب أن يفري له ورماً ، فتلف من فعله ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا ضمان عليه ، إن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة ، وإلا فهو ضامن ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، وبعض الزيدية[٥] ، والإمامية[٦] .

---

(١)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج ٨ ، ص ٥٢ .
(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٨ .
(٣)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٨٥،١٩٠ .النووي ، **روضة الطالبين** ،ج٤،ص٣٠٠، ج٧ ، ص ٣٩١ .
(٤)اشترط الحنابلة لعدم الضمان شرطين : **الأول :** أن يكون ذا مهارة وحذق في مهنته . **الثاني :** أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع .ابن قدامة ، **المغني** ،ج٦،ص١٢٠.البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٤،ص٤٢ .
(٥)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٢٨٣ .
(٦)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج١٩ ، ص ١٤٢ .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من السنة النبوية الشريفة بما يأتي :

قال رسول ا ﷺ ﴿ **من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن** ﴾[١] .

وجه الدلالة : يدل مفهوم الحديث أن من كان من أهل الطب فلا ضمان عليه ، أما إذا لم يكـن من أهل الطب ، فهو ضامن ؛ لأنه متعدٍ في فعله[٢] .

القول الثاني : يضمن ما فعل ، وبذلك قال : الإمام مالك[٣] ، وبعض الزيدية[٤] .

قال الخطابي : لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المـريض كـان ضـامناً ، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدٍ ، فإذا تولد من فعله اتلاف ضمن الدية ، وسقط عنه القود ؛ لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض[٥] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الطبيب إذا فعل ما فيه الخيـر والصلاح ، وفعل ما يفعل أمثاله من الأطباء في مثل هذه الحالات ؛ لأنه غير متعدٍ بفعله .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الثانية

إذا ذهب بدابته إلى البيطار[٦] ليعالجها ، فماتت الدابة ، فلا ضمان علـى البيطـار ، إذا فعـل فيهـا مـا يفعـل البيـاطرة ، وبـذلك قـال : جمهـور الفقهـاء مـن الحنفيـة[٧] ، والمالكية[٨]،والشافعية[٩] ، والحنابلة[١٠] ، والإمامية[١١] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

---

(١) سبق تخريجه ، ص (١٩) .
(٢)ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ، ص ٣٤٢ .
(٣)مالك ، **الموطأ** ، ج٢ ، ص ٨٥٣ .
(٤)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٣ ، ص ٢٨٣ .
(٥)الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٣ ، ص ٢٥٠ . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص ٣٨٠ .
(٦)**البيطار :** هو المختص بمعالجة الدواب ، ويقال له : بزاغ . انظر ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٢ ، ص ١٦١ . الفراهيدي ، الخليل بن أحمد ، **كتاب العـين** ، ط٢ ، ٨م ، (تحقيق مهدي المخزومي) ، مؤسسة در الهجـرة ، ١٤٠٩هـ ، ج٧ ، ص ٤٢٢ .
(٧)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٦ ، ص ١٠ .
(٨)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٤ ، ص ٤٩٧ .
(٩)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٨٥،١٩٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ،ج ٤ ، ص٣٠٠ .
(١٠)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٢ .
(١١)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢٠١ .

إذا أمر رجل رجلاً أن يحجمه[١] فتلف من الحجامة ، فلا ضمان على الحاجم ، إن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، والإمامية[٦] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا جاء إلى الخاتن ليختن[٧] ولده ، فهلك من الختان ، فلا ضمان على الخاتن ، إن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٨] ، والمالكية[٩] ، والشافعية[١٠] ، والحنابلة[١١] ، والإمامية[١٢] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الخامسة

إذا سقى الطبيب المرأة الحامل أدوية وكانت هذه الأدوية غير مسقطة للحمل في العادة ، ثم أسقطت المرأة جنينها فلا ضمان على الطبيب ، وبذلك قال : المالكية[١٣] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المبحث السادس

---

(١)**الحجامة :** هي مص الدم أو القيح من الجرح وإخراجه بالفم أو بآلة ونحوها . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ١٧٥ .

(٢)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٦ ، ص ١٠ . ابن نجيم ، **البرح الرائق** ، ج ٨ ، ص ٥٢ .

(٣)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٨ .

(٤)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٨٥،١٩٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٣٠٠ ، ج٧ ، ص ٣٩١ .

(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٢ .

(٦)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢٠١ .

(٧)**الختان :** هو قطع الجادة التي تغطي الحشفة حتى تنكشف جميع الحشفة ، والجادة هي القلفة . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٧ .

(٨)السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٦ ، ص ١٣-١٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج ٨ ، ص ٥٢ .

(٩)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٢٨ .

(١٠)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٨٥،١٩٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ، ص ٣٠٠ ، ج٧ ، ص ٣٩١ .

(١١)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٦ ، ص ١٢٠ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٤ ، ص ٤٢ .

(١٢)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢٠١ .

(١٣)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣٤ .

موانع ضمان جناية الصيال على النفس وما دونها

أباحت الشريعة الإسلامية للشخص أن يدافع عن نفسه أمام أي خطر يداهمه ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بدفع الصائل ، والصائل على غيره قد يكون إنساناً أو حيواناً ، ففي حال الصيال[١] أباحت الشريعة دفع خطر هذا الصائل بالأخف فالأخف ، فإذا قدر على دفعه بدون جناية عليه ، فلا يحل له قتله وهكذا حتى يتخلص من خطره ، فإذا قتله مع قدرته على دفع صياله بدونه فهو ضامن له . لذلك سوف نتعرف على موانع ضمان الجناية على الصائل ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : حالة الدفاع الشرعي .

المطلب الثاني : حالة الضرورة .

المطلب الأول

حالة الدفاع الشرعي

تعد حالة الدفاع الشرعي مانعة من ترتب الضمان،ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى

إذا صال شخص على شخص آخر ، فيجوز للمصول عليه الدفع عن النفس والطرف ومنفعته ، والبضع ومقدماته وعن المال وإن قل ، إذا كانت المذكورات معصومة ، بشرط أن يبدأ بالأخف فالأخف ، فإذا ترتب على الدفع موت الصائل ، فلا ضمان على الدافع ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، والزيدية[٦] ، والإمامية[٧] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا من السنة النبوية بما يأتي : قول رسول ا ﷺ ﴿ **من قتل دون ماله فهو شهيد** ﴾[٨] .

وجه الدلالة : أن هذا نص صريح في وجوب الدفاع عن المال ونحوه من أي اعتداء[٩] .

---

(١)**الصيال :** من صال الفحل إذا وثب ، وهو التهديد للأموال أو الأنفس أو الأعراض . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ٢٧٨ .

(٢)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٣ ، ص ٦٣ . الحصكفي ، **الدر المختار** ، ج٧ ، ص ١١٢ .

(٣)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٧ .

(٤)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٩٢ .

(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ١٦٧ .

(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤٣٦ .

(٧)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٥ ، ص ٥٤٢ .

(٨)رواه البخاري بلفظه ، **صحيح البخاري** ، ج٣ ، ص ١٠٨ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج١ ، ص ٨٧ .

(٩)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٩٢ .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود حالة الدفاع الشرعي .

المسألة الثانية

إذا صال الحيوان المملوك على رجل ، ولم يقدر على دفعه إلا بقتله ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه إتلاف بدفع جائز فلم يضمن ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والإمامية[٥] ، والزيدية[٦] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود حالة الدفاع الشرعي .

المسألة الثالثة

إذا اطلع رجل أجنبي من جحر ونحوه أو من شقوق الباب ليكشف ما في الدار ، ففقأ صاحب الدار عينه ، فهل يضمن ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان عليه ، وإن مات من سرايته ، وبذلك قال : المالكية إن قصد الزجر[٧] ، والشافعية[٨] ، والإمامية[٩] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١-قوله ﷺ ﴿ **من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقئوا عينه** ﴾[١٠] .

٢-قال ﷺ ﴿ **لو أن امرأً اطلع عليك بغير إذن فحذفته[١١] بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح** ﴾[١٢] .

وجه الدلالة : أن من نظر في بيت غيره ففقأ صاحب الدار عينه فلا ضمان عليه [١٣].

يجاب عن ذلك : أن المراد في هذا الحديث هو المبالغة في الزجر عن ذلك[١٤] .

---

(١)ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار** ، ج٢ ، ص ٦١٩ .
(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٧ .
(٣)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩١ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٥٤ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٣ ، ص ٥٣١ .
(٥)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٦ ، ص ٢٢٢ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٥٨٦ .
(٧)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٦ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٥٥ .
(٩)الروحاني ، **فقه الصادق** ، ج٢٥ ، ص٥٤٢ .
(١٠) سبق تخريجه ، ص (١٨) .
(١١)**حذفته :** أي رميته بحصاة . انظر ، النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١٤ ، ص ١٣٨ .
(١٢)سبق تخريجه ، ص (١٨) .
(13)النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج١٤ ، ص ١٣٨ .
(١٤)علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١١٧ .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : لأنه سراية من مباح ، فلـم يضـمن كسـراية القصاص[١] .

القول الثاني : يضمن صاحب الدار العين ، وبذلك قال : الحنفية[٢] ، والمالكية إذا قصد الرامي إلحاق الضرر بعينه[٣] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

١-قوله ﷺ ﴿ **في العين الواحدة نصف الدية** ﴾[٤] .

وجه الدلالة : عموم الحديث يدل على وجوب الضمان[٥] .

٢- قوله ﷺ ﴿ **لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا ا وأني رسول ا إلا بأحدى ثلاث النفس بالنفس ، والثيب الزاني والمارق من الدين التارك الجماعة** ﴾[٦] .

وجه الدلالة : أن عموم هذا الحديث يقتضي عدم سقوط عصمة الناظر إلى بيت غيره[٧] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : أن مجرد النظر لا يبيح الجناية على عينه ، كما لو نظر من الباب المفتوح[٨] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على من ألحق ضرراً بعين من ينظر إلى بيته من شق ونحوه ، وذلك لما يأتي :

١-أن الأدلة من السنة التي استدل بها أصحاب القول الأول صريحة في منع الضمان .

٢-لأن حق الدفاع الشرعي كفلته له الشريعة الإسلامية .

٣-أن الأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الثاني ، هي أحاديث عامة فلا حجة فيهـا أمـام الأحاديث التي نصت على ذلك بصراحة .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود حالة الدفاع الشرعي .

المسألة الرابعة

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٥٥ .
(٢)علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١١٧ .
(٣)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٦ .
(٤) رواه النسائي واللفظ له ، **سنن النسائي** ، ج٨ ، ص ٥٩ . وأخرجه أحمـد ، **المسـند** ، ج٢ ، ص ٢٢٤ . وأخرجه ابن حبان ، **صحيح ابن حبان** ، ج١٤ ، ص ٥٠٨ . **وقال الزيلعي :** رواه ابن حبـان والحـاكم **وقـال الحاكم :** إسناده صحيح وهو قاعدة من قواعد الإسلام . انظر ، الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٦ ، ص ٣٩٣ .
(٥)علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١١٧ .
(٦)رواه البخاري بلفظه ، **صحيح البخاري** ، ج٨ ، ص ٣٨ . ورواه مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٥ ، ص ١٠٦ .
(٧)علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١١٧ .
(٨) المصدر نفسه ، ج١ ، ص ١١٧ .

إذا دخل رجل دار غيره بغير إذنه فأمره صاحب الدار بالخروج ، فإن لم يقبل دفعه بما يدفع من قصد ماله ونفسه ؛ فإن قتله وأقام البينة على أنه دخل عليه داره مقبلاً عليه بسلاح قد شهره ، فلا ضمان على القاتل ؛ لأن الظاهر أنه دخل الدار قاصداً قتله ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والظاهرية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود حالة الدفاع الشرعي .

المسألة الخامسة

يحرم قطع شئ من أطراف الميت ، وإتلاف ذاته ، وإحراقه ، لبقاء حرمته . لكن لو حاول شخص قطع شيء من أطراف الميت أو أحرقه ، فيحق لولي الميت الدفاع عنه حيث يبدأ بالأسهل فالأسهل ، كدفع الصائل ، فإن أتلف ولي الميت المعتدي على الجثة فلا ضمان على الدافع وهو ولي الميت ، كما في دفع الصائل ، وبذلك قال الحنابلة[٣] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة حق الدفاع الشرعي .

المطلب الثاني

حالة الضرورة

تعد حالة الضرورة مانعةً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية:

إذا حالت بهيمة إنسان بين شخص جائع وطعامه في بيت ، ولم يستطع الوصول إليه إلا بقتلها ، فهل يضمن قتلها أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن قتلها ، وذلك قياساً على جراد عم المسالك فوطئه المحرم فلا ضمان عليه ، وبذلك قال : الشافعية في الأصح[٤] .

القول الثاني : يضمن قتلها ، وبذلك قال : الشافعية[١] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة ؛ لأنه مضطر إلى قتلها للوصول إلى طعامه .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجود حالة الضرورة .

الفصل الثاني

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٥٦ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٩١ .
(٢)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٣ .
(3)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٢ ، ص ١٦٦- ١٦٧ .
(٤)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٩١ .

موانع ضمان جنايات الحدود والردة والبغاة

ويشتمل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : موانع ضمان جنايات الحدود .

المبحث الثاني : موانع ضمان الجناية في حال الردة .

المبحث الثالث : موانع ضمان جناية قتال البغاة .

---

(١)المصدر نفسه ، ج٧ ، ص ٣٩١ .

المبحث الأول

موانع ضمان جنايات الحدود

شرع الله تعالى العقوبات الحدية حماية للناس سواء على صعيد الأفراد أو على صعيد الجماعات ، كما شرعت لحماية المجتمع كله بأهدافه وقيمه ، ولإقامة الحدود آثار طيبة تنعكس على حياة الناس .

إن الغاية من العقوبات الحدية التي شرعها الله تعالى إنما هي لزجر الناس عن المحظورات الشرعية ، وإن كانت في ظاهرها أذىً وإيلاماً يصيب العاصي والمذنب ، إلا أن الهدف الأساسي منها زجر المخالفين والعصاة وردعهم ، وحماية مصالح المجتمع وأهدافه العليا.

إن إقامة الحدود على العصاة والمجرمين يترتب عليها أضرار بدنية ، منها ما يصيب النفس ، ومنها ما يتلف عضواً من الأعضاء ، والإتلاف كما هو معلوم يترتب عليه الضمان في الغالب ، لكن هناك حالات لا يترتب عليها الضمان ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في جنايات الحدود ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تنفيذ أمر الشارع .

المطلب الثاني : عدم التعدي .

المطلب الثالث : تنفيذ أمر الإمام .

المطلب الرابع : الإتلاف بعوض .

المطلب الخامس : استيفاء العقوبة .

المطلب الأول

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أقام الإمام الحد على الزاني أو السارق ونحوهم في الحال التي تجوز فيها إقامته ، فمات المحدود أو أتلف له عضواً ، فلا ضمان على الإمام ؛ لأنه ينفذ أمر الشارع ، فالحق هو من قتل المحدود أو أتلفه ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] ، والزيدية[٤] .

---

(١)السمرقندي ، **تحفة الفقهاء** ، ج٣ ، ص ١٠٢ .

(٢)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩١ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج٢٠ ، ص ٤٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٥ .

(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٣٤ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ١٠٦-١٠٧ .

(٤)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٣٤٠ .

وحجتهم في ذلك : قول علي ﷺ (ما من أحد يموت في حد فأجد في نفسي منـه شـيئاً ؛ لأن الحق قتله ، إلا المحدود في الخمر فإنه شيء أحدثناه بعد رسول ا ﷺ ، فمن مات منه فديته لا أدري قال في بيت المال أو على الذي حده) شك الشافعي[١] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الشارع .

المسألة الثانية

إذا هرب المرجوم بحد الزنى[٢] الثابت بالإقرار ، فالأفضل تركه ؛ لأن الرجـوع عـن الإقرار يصح[٣] ، فإذا تبعه الراجمون بعد هربه فقتلوه فلا ضمان علـيهم ؛ لأن النبـي ﷺ لـم يضمن من تبع ماعز بعد هربه أثناء إقامة الحد عليه ، وبذلك قال : الشافعية[٤]، والحنابلـة[٥] ، والزيدية[٦] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الشارع .

المسألة الثالثة

إذا قطع شخص يمين السارق بدون إذن الإمام ، فلا قصاص عليه ؛ لأنها مستحقة القطع ، فلو سرى القطع إلى النفس فمات ، فلا ضمان على القاطع ؛ لأنها متولدة من مستحق ، وبذلك قال : الحنفية[٧] ، والشافعية[٨] ، والحنابلة[٩] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الشارع .

المسألة الرابعة

إذا عَزرَ[١٠] الإمام رجلاً فمات من التعزير ، فهل يضمن الإمام ذلـك أم لا ؟ **اختلفـت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على الإمام إذا عزر لحق الآدمي ؛ لأنه واجب إذا طلب المستحق فصار

---

(١)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٩١ .
(٢)**الزنى :** الوطء في قبل خالٍ عن ملك أو شبهة . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١١٨ .
(٣)الدليل على صحة الرجوع عن الإقرار : أن النبي ﷺ عندما أخبر بهرب ماعز أثناء رجمـه قـال : ﴿**هـلا خليتموه**﴾ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج٢٠ ، ص ٤٩-٥٠ .النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣١٤ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ١٧٤ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٣٤٤ .
(٧)ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٥ ، ص ١٠٥ .
(٨)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٦١ .
(٩)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ١٨٨ .
(١٠)**التعزير :** هو تأديب دون الحد . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ٦٦ .

كالحد ؛ ولأنها عقوبة مشروعة للردع والزجر ، وبذلك قال : المالكية[١] ، والشافعية في قول[٢] ، والحنابلة[٣] .

القول الثاني : يضمن الإمام ؛ لأنه تبين بالهلاك أنه تجاوز الحد المشروع ، وبذلك قال : الشافعية في الصحيح[٤] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الإمام ؛ لأنه قام بالواجب عليه ، كما نفذ أمر الشارع فلا ضمان عليه .فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الشارع

المسألة الخامسة

إذا جلد الإمام امرأة حاملاً فماتت من الجلد وحده قبل الإجهاض ، فهل يضمن الإمام أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا ضمان على الإمام ؛ لأنه التزم بنص الشارع ، وبذلك قال : الشافعية في القول الأول[٥] ، والحنابلة[٦] .

القول الثاني : يضمن الإمام ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[٧] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الإمام ؛ لأنه التزم وامتثل أمر الشارع . فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الشارع .

المطلب الثاني

عدم التعدي

يعد عدم التعدي مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى

إذا أقيم الحد في شدة الحر أو البرد فهلك المحدود ، فلا ضمان على من أقامه ؛ لأنه منصوص عليه ، وبذلك قال : الشافعية[٨] ، والحنابلة[٩] ، والزيدية[١٠] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

---

(١)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٥ .
(٢)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٤ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٤٩ . البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ١٦١ .
(٤)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٤ .
(٥)المصدر نفسه ، ج٧ ، ص ٣٨٩ .
(٦)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٤٩ .
(٧)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٨٩ .
(٨)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج٢٠ ، ص ٤٠ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣١٨ .
(٩)البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٦ ، ص ١٠٦-١٠٧ .
(١٠)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٣٤٠ .

المسألة الثانية

إذا علق ثيابه في حمام عام ولم يأمر صاحب الحمام بحفظها فسرقت ، فلا ضمان على صاحب الحمام ؛ لأنه لا يلزمه حفظها ، وكذلك إذا أمره بحفظها وكان مراعياً لها فسرقت ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يفرط في حفظها ، وبذلك قال : الشافعية[١] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الثالثة

إذا زاد الإمام على الحد فجلد شارب الخمر ثمانين جلدة فهلك ، فهل يضمن الإمام ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الإمام ، إذا ظن أن الزيادة لن تتلفه ، وبذلك قال : المالكية[٢] .

القول الثاني : ضمن نصف الدية ؛ لأن حد الخمر في الأصل أربعين ، والأربعين الثانية تعزير ثبت بالاجتهاد [٣] ، وبذلك قال : الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الإمام في هذه الحالة ؛ لأنه لم يتعد ، كما أن التعزير من صلاحيات الإمام ، فإذا هلك المعزر فلا ضمان .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المسألة الرابعة

إذا أغلق التاجر باب دكانه ، وقال للحارس احفظه ، فأهمله الحارس ، فسرق الدكان ، فلا ضمان على الحارس ؛ لأن الدكان محرز[٦] في نفسه ، ولم يدخل تحت يده ، وبذلك قال : الشافعية[٧] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج٢٠ ، ص ٨٦ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٥٣ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ١٧٤ .

(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٥٥ .

(٣) بدليل الأثر الذي رواه الزهري : (أرسلني خالد بن الوليد ﷺ إلى عمر ﷺ ، فأتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلي وطلحة والزبير رضي ا عنهم ، فقلت : إن خالد يقرأ عليك السلام ويقول : إن الناس قد انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة فيه ، قال عمر ﷺ : هم هؤلاء عندك فسلهم ، فقال علي ﷺ : تراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون ، فقال عمر ﷺ : بلغ صاحبك ما قال ، فجلد خالد ﷺ ثمانين وجلد عمر ﷺ ثمانين) . انظر ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ، ص ٧٠ . أخرجه الحاكم ، **المستدرك** ، حديث رقم "٨١٣١" ، ج٤ ، ص ٤١٧ . **قال الحاكم :** صحيح الإسناد .

(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج٢٠ ، ص ١١٣ .

(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٣٤٩ .

(٦)**الحرز:**هو المكان الحصين ،وهو ما يحفظ فيه المال عادة . انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ١٧٨ .

(٧)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٦٢ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ١٧٤ .

المسألة الخامسة

إذا شهد أربعة على زنى شخص فرجم ثم ظهر أن أحد الشهود عبد ، فلا ضمان على الشهود ؛ لأنه ما رجم بعتقه وإنما رجم لزناه ، وبذلك قال : الحنفية[١] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو عدم التعدي .

المطلب الثالث

تنفيذ أمر الإمام

يعد تنفيذ أمر الإمام مانعاً لترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا جلد الجلاد أو قتل بأمر الإمام ، ولا يعلم ظلم الإمام أو خطأه ، فتلف المحدود ، فلا ضمان على الجلاد ؛ لأنه آلة بيد الإمام ، ولو ضمناه لم يتول الجلد أحد ، وبذلك قال : الشافعية[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو تنفيذ أمر الإمام .

المطلب الرابع

الإتلاف بعوض

يعد الإتلاف بعوض مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا قطع الإمام من قام بالحرابة[٣] ونحوها ، فقطع يده اليسرى بدلاً من اليمنى ، ورجله اليمنى بدلاً من اليسرى ، فقد أساء الإمام لكن لا ضمان عليه ؛ لأن تقديم اليمنى على اليسرى اجتهاد يسقط به الضمان ؛ ولأنه عوضه من جنس ما فوت عليه ما هو خير له منه وهو إبقاء يده اليمنى ، والإتلاف بعوض لا يكون سبباً لوجوب الضمان ، وبذلك قال : الحنفية[٤] ، والشافعية[٥] .

فالمانع من الضمان أن الإتلاف بعوض يمنع من ترتب الضمان .

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٢٨ .
(٢)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٣٩٠ .
(٣)**الحرابة :** قطع الطريق وإشهار السلاح خارج المصر .انظر ، قلعجي ، **معجم لغة الفقهاء** ، ص ١٧٧ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٦٧،١٧٦ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٥ ، ص ١٠٥ .
(٥)الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ١٨١ .

المطلب الخامس

استيفاء العقوبة

يعد استيفاء العقوبة وإقامة الحد على السارق مانعة من ترتب الضمان ، يظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا سرق فاستهلك المسروق ثم قطعت يده ، فهل يضمن المسروق أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن تلك السرقة إذا كان قد استهلكها ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والمالكية[٢].

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من القرآن الكريم والسنة والمعقول :

أولاً : الأدلة من القرآن الكريم : واستدلوا بما يأتي :

قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[٣] .

وجه الدلالة : قوله (جزاء بما كسبا) ، فقد نص على أن القطع جميع موجب فعله لما بينا أن في لفظ الجزاء إشارة إلى الكمال ، فلو أوجبنا الضمان معه لم يكن القطع جميع موجب الفعل فكان نسخاً لما هو ثابت بالنص[٤] .

ثانياً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي : أن النبي ﷺ قال : ﴿ **لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد** ﴾[٥] .

وجه الدلالة : المعنى فيه أن القطع عقوبة تندرئ بالشبهات ، والضمان غرامة تثبت مع الشبهات ، فلا يجمع بينهما بسبب فعل واحد كالقصاص مع الدية ، وتأثيره وهو أن الفعل الواحد صار بكماله معتبرا في حق ما يندرئ بالشبهات ، فلا يبقي شئ منه ليعتبر في حكم الضمان ، وبدون الفعل لا يجب الضمان[٦] .

ثالثاً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : أن العقوبة التي تندرئ بالشبهات لا تجب إلا بفعل حرام لعينه ، وإنما يكون فعل السارق حراما لعينه إذا لم يبق المحل محترما لحق العبد ، فأما إذا كانت حرمة المالية والتقوم لحق العبد فأخذه حرام لغيره ، وهو حق المالك ومثل هذا

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٥٦ .
(٢)مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ، ص ٢٨٣ .
(٣)سورة المائدة ، الآية / ٣٨ .
(٤)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٥٦ .
(٥) رواه النسائي واللفظ له ، **السنن الكبرى** ، حديث رقم " ٧٤٧٧ " ، ج٤ ، ص ٣٥٠ . **قال النسائي :** وهذا مرسل وليس بثابت . وانظر ، الزيلعي ، **نصب الراية** ، ج٤ ، ص ٢١٤ .
(٦)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٥٦ .

الفعل لا يوجب العقوبة ، كشرب عصير الغير إنما الموجب للعقوبة فعل هو حرام لعينه كشرب الخمر ، ولا يتحقق ذلك إلا بجعل المالية والتقوم في هذا المحل تعالى خالصا ، وإذا صار تعالى لم يبق للعبد ، كالعصير إذا تخمر لم يبق فيه المالية والتقوم لحق العبد ، ولا يدخل عليه الدية مع الكفارة ؛ لأن الكفارة ليست بعقوبة تندرئ بالشبهات ؛ ولأنها جزاء الفعل من غير اعتبار وصف المحل فيبقى المحل محترما لحق العبد ووجوب الكفارة لا يستدعى فعلا هو حرام العين[1] .

القول الثاني : يضمن المسروق بالقيمة إن استهلكه أو أتلفه ، وبذلك قال : الشافعية[2] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من السنة ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة : واستدلوا بما يأتي :

قال رسول ا ﷺ ﴿ **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** ﴾ [3].

وجه الدلالة : أنه أوجب على الآخذ ضمان المأخوذ إلى غاية الرد ، وقد وجد منه الأخذ ههنا فيكون ضامناً[4] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[5] :

١-أن السارق بالأخذ ضامن حتى إذا سقط الحد بشبهة كان ضامنا للمال ، فلو سقط الضمان إنما يسقط باستيفاء القطع،والقطع حد واجب تعالى فاستيفاؤه لا يسقط الضمان الواجب لحق العبد .

٢-ولأن وجوب الضمان عليه بنفس الأخذ ووجوب القطع بإتمام فعل السرقة بالإخراج والحقان إذا وجبا بسببين فاستيفاء أحدهما لا يسقط الآخر ، كما لو قتل إنساناً ومزق عليه ثيابه ، لا يسقط عنه ضمان الثياب باستيفاء القصاص .

يجاب عن ذلك : ولا معنى لما قال الموجود منه فعلان الأخذ والإخراج ؛ لأن الإخراج تتميم لما هو المقصود بالأخذ فلا يأخذ حكم فعل آخر ، والإخراج بدون الأخذ لا يتحقق ، والخلاف ثابت فيما إذا سرق الثوب من تحت رأس نائم ، والأخذ والإخراج هنا حصل بفعل واحد ، ثم الفعل وان تعددت صوره فالوجوب باعتبار حرمة المحل ، وهو بالسرقة ما هتك إلا حرمة واحدة هي من خالص حق ا تعالى فلا ضمان[6] .

---

(1)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٥٦-١٥٨ .
(2)الأنصاري ، **فتح الوهاب** ، ج٢ ، ص ٢٨٣ . الشربيني ، **الإقناع** ، ج٢ ، ص ١٩٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ١٧٧ .
(3) سبق تخريجه ، ص (١٢٣) .
(4)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٥٦ .
(5)المصدر نفسه، ج٩ ، ص ١٥٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ١٧٧ .
(6)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٥٦ .

٣-ولأنهما حقان اختلفا محلاً ومستحقاً وسبباً ؛ لأن محل القطع اليد ، ومستحقه هو ا تعـالى ، وسببه السرقة ، ومحل الضمان الذمة ، ومستحقه المسروق منه ، وسببه إدخال النقصان عليـه بأخذ ماله فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر ، كالدية مع الكفارة في القتل ، والجـزاء مـع القيمة في الصيد المملوك في الحرم .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على السارق إذا أقيم عليـه الحـد ، وكان قد استهلك المسروق ؛ لأن النصوص تثبت إقامة الحد دون ضـمان المسـروق ، وهـذا بخلاف ما لو كان المسروق موجوداً بعينه فعليه رده .

فالمانع من الضمان استيفاء العقوبة .

المبحث الثاني

موانع ضمان الجناية في حال الردة

حرم الإسلام على المسلم أن يترك دينه ، وإذا ارتد المسلم عن دينه فقد كفر وخرج من الملة ، وفي حال الردة قد يجني أحد على المرتد سواء في نفسه أو أعضائه ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان في جنايات الردة من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : انتفاء معنى الضمان أصلاً .

المطلب الثاني : وجود مصلحة عامة .

المطلب الثالث : وجود الإذن .

المطلب الأول

انتفاء معنى الضمان أصلاً

يعد انتفاء معنى الضمان مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى

إذا أرسل سهماً على مسلم فأصابه وقد ارتد فمات ، فهل يضمنه في هذه الحالة أم لا ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا يضمنه ؛ لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون ، كما لو أرسله على حي فأصابه وهو ميت ؛ ولأن التلف حصل في محل لا عصمة له ، وبذلك قال : الحنفية[1] ، والشافعية[2] .

القول الثاني : يضمنه ؛ لأنه عند بدء الرمي كان مسلماً ، وبذلك قال : الزيدية[3] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة ؛ لأن الجناية حصلت في حالة لم يكن الشخص مضموناً ؛ لأنه ارتد والمرتد لا عصمة له فلا يضمن .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انتفاء معنى الضمان أصلاً .

---

(1) علاء الدين ، **تكملة حاشية رد المحتار** ، ج١ ، ص ١٤١ .

(2) المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٤ .

(3) المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٤١٠ .

المسألة الثانية

إذا قتل ذمي مرتداً ، فهل يضمن ديته أم لا ضمان عليه ؟**اختلفت آراء الفقهاء على أقوال ثلاثة :**

القول الأول : لا يجب عليه قصاص ولا دية ؛ لأنه مباح الدم فلم يضمن بالقتل ، كما لو قتله مسلم ، فكل من لا يضمنه المسلم بقصاص ولا دية ، لم يضمنه الذمي كالحربي ، وبذلك قال : الشافعية في الصحيح[١] ، والحنابلة[٢] .

القول الثاني : يجب عليه القصاص إن قتله عمداً ، والدية[٣] إن قتله خطأً ؛ لأن الذمي لا يقتل المرتد تديناً ، وإنما يقتله عناداً ، فأشبه إذا قتل مسلماً ، وبذلك قال : الشافعية في قول[٤] .

القول الثالث : يجب عليه القصاص إذا قتله عمداً ، وإن قتله خطأً لم تلزمه الدية ؛ لأنه لا حرمة له ، وبذلك قال : بعض الشافعية[٥].

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على الذمي إن قتل مرتداً ؛ لأنه لا عصمة له في حال ردته .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انتفاء معنى الضمان أصلاً .

المسألة الثالثة

إذا قطع يد مرتد ثم أسلم المرتد ومات ، فهل يضمن الجاني ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن ديته في هذه الحالة ؛ لأنها سراية قطع غير مضمون ، فلم يضمن كسراية القصاص وقطع السرقة ، وبذلك قال : الحنفية[٦] ، والشافعية في المذهب[٧] .

القول الثاني : يضمن ذلك ، وتجب فيه دية مسلم ؛ لأنه مسلم في حال استقرار الجناية فوجبت ديته ، وبذلك قال : الشافعية[٨] .

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٣٥٩-٣٦٠ .
(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٣٤٧ .
(٣)**الدية :** هو المال الذي بدل النفس . انظر ، الجرجاني ، **التعريفات** ، ص ١٠٩ .
(٤)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٨ ، ص ٣٥٩-٣٦٠ .
(٥)المصدر نفسه، ج١٨ ، ص ٣٥٩-٣٦٠ .
(٦)الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج ٧ ، ص ٣٠٥ .
(٧)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٣-٤ .
(٨)المصدر نفسه ، ج١٩ ، ص ٣-٤ .

المناقشة والتـرجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان في هذه الحالة ؛ لأنها سراية قطـع غير مضمون فلم يضمن .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انتفاء معنى الضمان أصلاً .

المسألة الرابعة

إذا ضرب بطن مرتدة فأسلمت ثم ألقت جنيناً ميتاً ، فهل يضمنه أم لا ؟ **للشافعية قولان**[١] **:**

القول الأول : لا يضمنه ؛ لأن الابتداء لم يكن مضموناً .

القول الثاني : يضمنه ، اعتباراً بحال الاستقرار .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة ؛ لأن الابتـداء ليس مضموناً ، فينتفي معنى الضمان أصلاً .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انتفاء معنى الضمان أصلاً .

المسألة الخامسة

إذا قتل مسلم مرتداً قبل استتابته ، فلا ضمان على القاتل سواء أكانت الاستتابة واجبة أم غير واجبة،وبذلك قال:المالكية[٢]،والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، وطاوس والحسن البصري[٥] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا بأدلة من السنة ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من السنة النبوية الشريفة والآثار : واستدلوا بما يأتي :

١-قوله ﷺ ﴿ **من بدل دينه فاقتلوه** ﴾ [٦] .

٢-وروي أن معاذا قدم على أبي موسى فوجد عنده رجلا موثقا فقال : ﴿ما هذا ؟ قال : رجـل كان يهوديا فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود ، قال : لا أجلـس حتـى يقتـل ، قضـاء ا ورسوله،قال:اجلس قال لا أجلس حتى يقتل،قضاء ا ورسوله ثلاث مرات ،فأمر به فقتل ﴾[٧] .

وجه الدلالة من الحديثين : أن الحديث لم يذكر شيئاً عن الاستتابة[٨] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[١] :

---

(١)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٦١ .
(٢)الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٨ ، ص ٣٧٣ .
(٣)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص٢٢٦ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٧٦ .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٧٦ .
(٦)رواه البخاري واللفظ له ، **صحيح البخاري** ، ج٨ ، ص ٥٠ .
(٧) رواه البخاري واللفظ له ، المصدر نفسه، ج٨ ، ص ٥٠ .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٧٦ .

١-لأنه يقتل لكفره فلم تجب استتابته كالأصلي .

٢-ولأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمن ولو حرم قتله قبله ضمن .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو انتفاء معنى الضمان أصلاً .

المطلب الثاني

وجود مصلحة عامة

يعد وجود مصلحة عامة مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية:

إذا ارتد قوم فقتلوا مسلماً ، فهل يضمنون ذلك أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين:**

القول الأول : لا يضمنون من قتلوه من المسلمين ، وبذلك قال : الشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا من المعقول بما يأتي : أن تضمينهم يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الإسلام ، فأشبهوا أهل البغي[٤] .

القول الثاني : يضمنون من قتلوه من المسلمين ، وبذلك قال : الحنابلة في رواية[٥] ، والظاهرية[٦] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من الآثار ، وهي على النحو الآتي :

١-قول أبي بكر الصديق ﷺ لأهل الردة :(**تدون قتلانا ، ولا ندي قتلاكم**)[٧] .

يجاب عن ذلك : أن قول أبي بكر رجع عنه ولم يمضه ، فقد قال له عمر : أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ما أمر الله . فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله ، فصار أيضاً إجماعاً حجة لنا ، ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً من ذلك[٨] .

٢-أن بنو حنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يغرموا شيئاً[٩] .

المناقشة والترجيح : الراجح هو القول الأول ، فلا ضمان على المرتدين إذا قتلوا مسلماً في حال ردتهم ؛ لأن تضمينهم يؤدي إلى تنفيرهم عن العودة إلى الإسلام،فالمصلحة العامة تتطلب عدم تضمينهم .

---

(١)المصدر نفسه ، ج١٠ ، ص ٧٦ .
(٢)المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٩ ، ص ٤١٦ .
(٣)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٧٢ .
(٤)المصدر نفسه ، ج١٠ ، ص ٧٢ .
(٥)المصدر نفسه، ج١٠ ، ص ٧٢ .
(٦)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٣٦ .
(٧)سبق تخريجه ، انظر ، ص (١٨٦) .
(٨)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٧٢-٧٣ .
(٩)المصدر نفسه ، ج١٠ ، ص ٧٢-٧٣ .

المطلب الثالث

وجود الإذن

يعد وجود الإذن مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا ذبح المرتد ذبيحة الغير بإذنه ، فلا ضمان عليه ؛ لأن صاحب الذبيحة أذن لـه فـي إتلافها ، وبذلك قال : الشافعية[١] ، والحنابلة[٢] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود الإذن .

المبحث الثالث

موانع ضمان جناية قتال البغاة

---

(١)الشافعي ، **كتاب الأم** ، ج٦ ، ص ١٧٧ .

(٢)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٨٧ .

إذا خرجت جماعة من أهل الإسلام على الإمام العدل وكان لهم تأويل سائغ ، ولهم منعة وقوة ، فهؤلاء بغاة ، فعلى الإمام قتالهم والقضاء عليهم ، وحدوث هذا القتال بين الطرفين يترتب عليه جناية على النفوس ، والإتلاف في الأصل يترتب عليه الضمان ، لكن الضمان قد ينتفي في بعض الأحيان ، لذلك سوف نتعرف على موانع الضمان من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تنفيذ أمر الشارع .

المطلب الثاني : وجود مصلحة عامة .

المطلب الأول

تنفيذ أمر الشارع

يعد تنفيذ أمر الشارع مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا أتلف العادل نفس الباغي في حال القتال ، فلا ضمان على العادل ، وبذلك قال : جمهور الفقهاء من الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والظاهرية[٥] ، والزيدية[٦] ، والإمامية[٧] .

وحجتهم في ذلك : استدلوا بالقرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾[٨] .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو تنفيذ أمر الشارع .

المطلب الثاني

وجود مصلحة عامة

---

(١)السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٨٢ .
(٢)الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٠٠ .
(٣)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢٧٥ .
(٤)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦٠ .
(٥)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٩ .
(٦)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٥٥٧ .
(٧)النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٢١ ، ص ٣٤١ .
(٨)سورة الحجرات ، الآية / ٩ .

يعد وجود مصلحة عامة للأمة مانعاً من ترتب الضمان ، ويظهر ذلك من خلال المسألة الآتية :

إذا جنى الباغي على نفس العادل حال القتال ، فهل يضمنه أم لا ؟ **اختلفت آراء الفقهاء على قولين :**

القول الأول : لا يضمن الباغي ، وبذلك قال : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية في الأظهر[٣] ، والحنابلة[٤] ، وبعض الظاهرية[٥] ، وسعيد بن المسيب[٦] .

حجة أصحاب القول الأول : استدلوا بأدلة من الإجماع ، والمعقول :

أولاً : الأدلة من الإجماع : واستدلوا بما يأتي :

قال الزهري : إن الفتنة العظمى كانت بين الناس وفيهم البدريون ، فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجاً حراماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالاً أتلفه بتأويل القرآن[٧] .

يجاب عن ذلك : قال ابن حزم : ((هذا ليس بشيء لوجهين : **أحدهما :** أنه منقطع ؛ لأن الزهري رحمه الله لم يدرك تلك الفتنة ولا ولد إلا بعدها ببضع عشرة سنة .**والثاني :** أنه لو صح كما قال لما كان هذا إلا رأيا من بعض الصحابة لا نصا ولا إجماعا منهم ، ولا حجة في رأي بعضهم دون بعض . وإنما افترض الله تعالى علينا أهل الإسلام اتباع القرآن وما صح عن النبي ﷺ أو ما أجمعت عليه الأمة ، ولم يأمر الله تعالى قط باتباع ما أجمع عليه بعض أولى الأمر منا ، وإذا وقعت تلك الفتنة فبلا شك أن الماضين بالموت من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا أكثر من الباقين ، ولقد كان أصحاب بدر ثلاثمائة وبضعة عشر رجلاً ، وعدوا إذ مات عبد الرحمن بن عوف ﷺ فما وجد منهم في الحياة إلا نحو مائة واحدة فقط ، فبطل التعلق بما رواه الزهري لو صح ، فكيف وهو لا يصح أصلاً))[٨] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي[٩] :

١- لأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلفت على الأخرى كأهل العدل .

---

(١) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٩ ، ص ١٨٢ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٧ ، ص ٩٠ .
(٢) الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٤ ، ص ٣٠٠ .
(٣) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢٧٥ .
(٤) ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦١ .
(٥) ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥ .
(٦) المصدر نفسه، ج١١ ، ص ١٠٥ .
(٧) ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦٢ . ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥ .
(٨) ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥-١٠٦ .
(٩) ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦١ .

٢-ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، فلا يشرع كتضمين أهل الحرب .

القول الثاني : يضمن ما أتلفه على العادل ، وبذلك قال : الشافعية في القول الثاني[١] ، وابن حزم الظاهري[٢] ، والزيدية[٣] .

حجة أصحاب القول الثاني : استدلوا بأدلة من الأثر ، ومن المعقول :

أولاً : الأدلة من الأثر : واستدلوا بما يأتي :

١-قول أبي بكر الصديق لأهل الردة :(**تدون قتلانا ، ولا ندي قتلاكم**)[٤] .

يجاب عن ذلك : أن قول أبي بكر رجع عنه ولم يمضه ، فقد قال له عمر : أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ما أمر الله . فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله ، فصار أيضاً إجماعاً حجة لنا ، ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً من ذلك[٥] .

ثانياً : الأدلة من المعقول : واستدلوا بما يأتي : لأنها أنفس معصومة أتلفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح ، فوجب ضمانه ، كما لو تلفت في غير حال الحرب[٦] .

المناقشة والترجيح : الراجح في هذه المسألة هو القول الأول ، فلا ضمان على البغاة فيما أتلفوه على أهل العدل في حال القتال ، وذلك لما يأتي :

١-أن البغاة لهم تأويل سائغ فيما فعلوه ، فلا يضمنون قياساً على أهل العدل في عدم تضمينهم بناءً على تأويلهم السائغ أيضاً .

٢-أن المصلحة العليا للإسلام وأهله هي إنهاء هذا النزاع بين الطرفين بأقل الخسائر ، فلو ألزمناهم بضمان ما أتلفوه لأدى ذلك إلى امتناعهم من الطاعة للإمام .

٣-أن أهل الحرب لا يضمنون ما أتلفوه على أهل الإسلام ، فمن باب أولى أن لا نضمن المسلمين من أهل البغي .

فالمانع من الضمان في هذه الحالة هو وجود مصلحة للأمة في منع الضمان .

الخاتمة

---

(١)النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص ٢٧٥ .
(٢)ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١ ، ص ١٠٥ .
(٣)المرتضى ، **شرح الأزهار** ، ج٤ ، ص ٥٥٧ .
(٤)سبق تخريجه ، ص (١٨٦) .
(٥)ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٦٢ .
(٦)المصدر نفسه ، ج١٠ ، ص ٦١ .

بعد أن عرضت في هذه الدراسة موانع الضمان في مختلف أبواب الفقه الإسلامي يمكن استخلاص النتائج الآتية :

١- أن موانع الضمان هي : الأوصاف التي تمنع من ترتب الالتزام بالتعويض المـالي للغيـر بسبب الضرر اللاحق بالمال أو النفس والأطراف .

٢-أن الشريعة الإسلامية أقرت مشروعية موانع الضمان ، من خلال بعض النصوص القرآنية ، أو النبوية التي تدل على امتناع الضمان .

٣- أن إتلاف المال له شروط ، حتى يترتب الضمان على هذا الإتلاف ، مثل أن يكون المتْلَـفُ مالاً متقوماً معصوماً ، وأن يكون المتلف من أهل الضمان ، ونحو ذلك .

٤- أن العبادات لها جوانب مالية يمكن من خلالها ترتب الضمان في بعض الصور ، وامتناعه في صور أخرى ، فهنالك موانع للضمان في مسائل الطهارة ، وفي مسائل الصـلاة ، وفـي مسائل الزكاة ، وفي مسائل الحج ، وفي مسائل الأضحية .

٥-أن هنالك موانع للضمان في عقود المعاوضات المالية ، كموانع ضمان عقد البيـع ، وعقـد الإجارة ، وعقد المضاربة ، وعقد القسمة .

٦- أن هنالك موانع للضمان في عقود التبرعات ، كعقد الهبة ، وعقد القرض ، وعقد الكفالـة ، وعقد الوصية ، وعقد العارية .

٧- أن هنالك موانع للضمان في عقود الأمانات ، كعقد الوصاية ، وعقد الوكالة ، وعقد الوديعة ، وعقد اللقطة واللقيط ، وعقد الرهن .

٨- أن هنالك موانع ضمان للأفعال الضارة بالأموال ، كالغصب ، والأشياء المحرمة ،وأمـوال المحاربين وأموال البغاة .

٩- أن هنالك موانع للضمان في الأحوال الشخصية والشهادات ، كموانع ضمان عقد الـزواج ، والخلع ، والشهادات ،والإقرار .

١٠-أن ضمان الجناية على النفس وما دونها له عدة شروط ، كالعقل ، والبلوغ ، والاختيار ، و المباشرة والتعمد .

١١- أن هنالك موانع للضمان في الجنايات والحدود ، كموانع ضمان الجنايـة علـى الـنفس ، كالجناية على النفس بغرض التأديب ، أو على ما دون النفس ، أو في حال جناية الطبيب علـى النفس وما دونها ، والجناية في حال الصيال ، والجناية في حال الردة،والجناية في قتال البغاة .

المصادر والمراجع

-الأنصاري ، زكريا بن محمد ، (ت٩٢٦هـ/١٥١٩م) . **فتح الوهاب** ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق دار الكتب العلمية) ، دار الكتب العلمية ، بيروت،١٤١٨هـ .

-الآبي ، صالح عبد السميع ،(ت١٣٣٠هـ/١٩١١م) . **الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، ١م ، المكتبة الثقافية ، بيروت .

-ابن الأثير الجزري ، المبارك بن محمد ، (ت٦٠٦هـ/١٢٦٥م) . **النهاية في غريب الحديث والأثر** ، ط٤ ، ٥م ، (تحقيق طاهر أحمد الزاوي وغيره) ، مؤسسة إسماعيليان،قم،١٣٦٤هـ .

-الأصبحي ، مالك بن أنس ،(ت١٧٩هـ/٧٩٥م) . **كتاب الموطأ** ، ط١ ، ٢م ،(تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٦هـ .

- ـــ .**المدونة الكبرى**،٦م،مطبعة السعادة،مصر .

-أطفيش ، محمد بن يوسف ،(ت١٣٣٢هـ/١٩١٣م) . **شرح كتاب النيل وشفاء العليل** ، ط٣ ، ١٧م ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ١٤٠٥هـ .

-الألباني ، محمد ناصر الدين ،(١٩٨٥م) . **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**،ط٢، ٨م،(تحقيق زهير الشاويش) ، المكتب الإسلامي ، بيروت .

-البجيرمي،سليمان بن عمر . **حاشية البجيرمي** ، ٤م ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر ، تركيا .

-البخاري ، محمد بن إسماعيل ، (ت٢٥٦هـ/٨٧٠م) . **صحيح البخاري** ، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠١هـ .

-البعلي ، علي بن محمد . **المختصر في أصول الفقه** ،١م ،(تحقيق محمد مظهر بقا) ،جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة .

-البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت١٠٥١هـ / ١٦٤١م) . **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، ط١ ، ٦م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ .

-البيهقي ، أحمد بن الحسين ، (ت٤٥٨هـ/١٠٦٦م) . **السنن الكبرى** ، ١٠م ، دار الفكر ، بيروت .

-الترمذي ، محمد بن عيسى ، (ت٢٩٧هـ/٩٠٩م) . **سنن الترمذي** ، ط٢ ، ٥م ، (تحقيق عبد الرحمن عثمان) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٣هـ .

-ابن تيمية ، تقي الدين أحمد ،(ت٧٢٨هـ/١٣٢٦م) ، **العبودية** ، ط٥ ، ١م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٣٩٩هـ .

-الثعالبي ، محمد بن الحسن الحجوي ،(١٣٤٠هـ) ، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي** ، مطبعة إدارة المعارف ، الرباط .

-الثوري ، سفيان بن سعيد ،(ت١٦١هـ/٧٧٧م) . **تفسير سفيان الثوري** ، ط١ ، ١م ،(تحقيق لجنة من العلماء) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ .

-الجرجاني ، علي بن محمد (ت٨١٦هـ/١٤١٣م) . **التعريفات** ، ط١ ، ١م ، (تحقيق إبراهيم الأبياري) ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،١٤٠٥هـ .

- ـــــ . **التعريفات** ، ط١ ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ .

-الجصاص ، أحمد بن علي ،(ت٣٧٠هـ/٩٨٠م) . **أحكام القرآن** ، ٥م ، (تحقيق محمد الصادق قمحاوي) ، دار إحياء التراث ، بيروت ، ١٤٠٥هـ .

-الجصاص ، أحمد بن محمد الطحاوي ، (ت٣٢١هـ/٩٣٣م) . **مختصر اختلاف العلماء** ، ط٢ ، ٥م ،(تحقيق عبد ا نذير) ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤١٧هـ .

-الحاكم النيسابوري ، محمد بن محمد ،(ت٤٠٥هـ/١٠١٤م) . **المستدرك على الصحيحين** ،٤م،(تحقيق يوسف المرعشلي) ،دار المعرفة، بيروت،١٤٠٦هـ .

-ابن حبان ، محمد ، (ت٣٥٤هـ/٩٦٥م) . **صحيح ابن حبان** ، ط٢ ، ١٨م ، (تحقيق شعيب الأرناؤوط) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٤هـ .

-أبو حبيب ، سعدي ،(١٤٠٨هـ) ، **القاموس الفقهي** ، ط٢ ، ١م ، دار الفكر ، دمشق .

-ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ/١٤٤٨م). **تهذيب التهذيب** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .

- ـــــ . **تلخيص الحبير** ،٢م ، (تحقيق عبد ا اليماني) ، المدينة المنورة ،١٩٦٤م .

- ـــــ . **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، ط٢ ، ١٣م ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .

-ابن حزم ، علي بن أحمد ، (ت٤٥٦هـ/١٠٦٣م) . **المحلى** ، ١١م ، (تحقيق أحمد محمد شاكر) ، دار الفكر ، بيروت .

-ابن الحسين ، يحيى ،(٢٩٨هـ/٩١٠م) ، **الأحكام في الحلال والحرام** ، ٢م .

-الحصكفي ، علاء الدين محمد بن علي ،(ت١٠٨٨هـ/١٦٧٧م) . **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ .

-الحطاب ، محمد بن محمد ، (ت٩٥٤هـ/١٥٤٧م). **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ط١ ، ٨م ، (تحقيق زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ .

-الحلي ، العلامة ،(ت٧٢٦هـ/١٣٢٥م) . **تحرير الأحكام** ، ٢م ، مؤسسة آل البيت،إيران .

-ابن حنبل ، أحمد ، (ت٢٤١هـ/٨٥٥م) . **مسند أحمد** ، ٦م ، دار صادر ، بيروت .

-حيدر ،علي ،(١٩٩١م) . **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، ط١،٤م ، دار الجيل ، بيروت .

-الدارقطني ، علي بن عمر ، (ت٣٨٥هـ/٩٩٥م) . **سنن الدارقطني** ، ط١ ، ٤م ، (تحقيق مجدي بن منصور) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م .

-الدارمي ، عبد ا بن بهرام ، (ت٢٥٥هـ/٨٦٨م) . **سنن الدارمي** ، ٢م ، مطبعة الاعتدال ، دمشق .

-أبو داود ، أبو داود السجستاني ، سليمان بن الأشعث ،(ت٢٧٥هـ/٨٨٨م) . **سنن أبي داود** ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق سعيد محمد اللحام) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٠م .

-الدردير ، أحمد بن محمد العدوي ، (ت١٢٠١هـ/١٧٨٦م) . **الشرح الكبير** ، ٤م ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت .

-الدسوقي ، محمد بن عرفه ، (ت١٢٣٠هـ/١٨١٤م) . **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ٤م ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت .

-الدمياطي ، السيد البكري ،(ت١٣١٠هـ/١٨٩٢م) . **إعانة الطالبين** ، ط١ ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٨هـ .

-الدوري ، قحطان عبد الرحمن ،(١٤٢٢هـ) ، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** ، ط٢ ، ١م ، دار الفرقان ، عمان .

- ـــــ ، **صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام** ، ط٢ ، ١م ، دار الفرقان ، عمان ، ١٤٢٤هـ .

-الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان ،(ت٧٤٨هـ/١٣٤٧م) . **سير أعلام النبلاء** ، ط٩ ، ٢٣م ،(تحقيق شعيب الأرناؤوط وغيره) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣هـ .

-الرازي ، محمد بن أبي بكر (ت٧٢١هـ/١٣٢١م). **مختار الصحاح** ، ١م ، (تحقيق محمود خاطر) ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٩٥م .

-الرافعي ، عبد الكريم بن محمد ، (ت٦٢٣هـ/١٢٢٦م) . **فتح العزيز في شرح الوجيز** ،

-ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد ،(ت٥٩٥هـ/١١٩٨) . **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ٢م ،(تحقيق خالد العطار) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ .

-الروحاني،محمد صادق ،(١٤١٣هـ) ، **فقه الصادق** ،ط٣ ، ٢٦م ، مؤسسة دار الكتاب،قم .

-الزبيدي ، محمد مرتضى ، (ت١٢٠٥هـ/١٧٩٠م) . **تاج العروس من جواهر القاموس** ،١٠م ، مكتبة الحياة ، بيروت .

-الزحيلي ، وهبة ،(١٩٩٨م) ، **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي** ، ط٢ ، ١م ، دار الفكر ، دمشق .

-الزرقاء ، مصطفى أحمد ، **المدخل الفقهي العام** ، ط١٠،٢م ، دار الفكر، دمشق .

-الزركلي ، خير الدين ،(١٩٩٢م) ، **الأعلام** ، ط١٠ ، ٨م ، دار العلم للملايين ، بيروت .

-الزلمي ، مصطفى ، **أصول الفقه في نسيجه الجديد** ،ط٩،١م،شركة الخنساء ، بغداد .

-الزمخشري ، محمود بن عمر ،(ت٥٣٨هـ/١١٤٣م) . **الفائق في غريب الحديث** ، ط٢ ،٤م ،(تحقيق علي البجاوي) ، دار المعرفة ، لبنان .

- ـــــ . **الفائق في غريب الحديث** ، ط١ ، ٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٤١٧هـ .

-الزيلعي ، عبد ا بن يوسف ، (ت٧٦٢هـ/١٣٦٠م) . **نصب الراية لأحاديث الهداية** ، ط١ ، ٦م ، (تحقيق أيمن شبعاني) ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٥م .

-السباعي ، مصطفى ،(٢٠٠١م) ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، ط١ ، ٢م ، دار الوراق ، بيروت .

-السبكي ، تاج الدين بن علي بن عبد الكافي ،(ت٧٧١هـ/١٣٦٩م). **طبقات الشافعية الكبرى** ، ط٢ ، ١٠م ، (تحقيق محمود الطناجي) ، دار هجر للطباعة والنشر ، ١٤١٣هـ .

-السرخسي ، محمد بن أبي سهل ، (ت٤٩٠هـ/١٠٩٦م) . **المبسوط** ، ٣٠م ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦هـ .

-السمرقندي ، محمد بن أحمد ،(ت٥٣٩هـ/١١٤٤م) . **تحفة الفقهاء** ، ط٢ ،٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

-السمعاني ، عبد الكريم بن محمد ، (ت٥٦٢هـ/١١٦٦م) . **الأنساب** ، ط١ ، ٥م ، (تقديم وتعليق عبد ا البارودي)،دار الجنان ، بيروت ، ١٤٠٨هـ .

-الشافعي ، محمد بن إدريس ، (ت٢٠٤هـ/٨١٩م) . **اختلاف الحديث** ، ١م .

- ـــــ . **كتاب الأم** ، ط٢ ، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣م .

- ـــــ . **المسند** ، ١م ، (تحقيق مطبعة بولاق الأميرية) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

-الشربيني ، محمد الخطيب ، (ت٩٧٧هـ/١٥٦٩م) . **مغني المحتاج** ، ٤م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٣٧٧هـ .

- ـــــ . **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، ٢م ، دار المعرفة ، بيروت .

-الشرواني ، عبد الحميد ، (١١١٨هـ/١٧٠٦م). **حواشي الشرواني** ، ١٠م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

-الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت١٢٥٠هـ/١٨٣٤م) . **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ،ط١ ، ٤م ، (تحقيق محمود زايد)،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٥هـ .

- ــــ .**نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** ، ٤م ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٣م .

-ابن أبي شيبة ، عبد ا بن محمد ، (ت٢٣٥هـ /٨٤٩م) . **مصنف ابن أبي شيبة** ، ط١ ، ٧م ،(تحقيق كمال الحوت) ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤٠٩هـ .

-الشيرازي ، إبراهيم بن علي، (ت٤٧٦هـ/١٠٨٣م) . **طبقات الفقهاء** ، ١م ، (تحقيق خليل الميس) ، دار القلم ، بيروت .

-الصنعاني ، عبد الرزاق ،(ت٢١١هـ/٨٢٦م) . **مصنف عبد الرزاق** ، ١١م، تحقيق(حبيب الرحمن الأعظمي) ، المجلس العلمي .

-الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، (ت٨٥٢هـ /١٤٤٨م) . **سبل السلام** ، ط٤ ، ٢م ، (تحقيق محمد عبد العزيز الخولي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،١٣٧٩هـ .

-ابن عابدين ، محمد بن أمين ، (ت١٢٥٢هـ /١٨٣٦م) . **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، ٦م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥م .

-العجلوني ، إسماعيل بن محمد ، (ت١١٦٢هـ/١٧٤٨م) . **كشف الخفاء ومزيل الإلباس** ، ط٢ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٨هـ .

-العسكري ، أبو هلال ،(١٤١٢هـ) ، **معجم الفروق اللغوية** ، ط١ ، ١م ، (تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي) ، جامعة المدرسين ، قم .

-العظيم آبادي ، محمد شمس الحق ، (ت١٣٢٩هـ/١٩١١م) . **عون المعبود شرح سنن أبي داود** ، ط٢ ، ١٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ .

-علاء الدين ، محمد ،(ت١٢٥٢هـ/١٨٣٦م) . **تكملة حاشية رد المحتار** ، ٢م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ .

-العلامة الحلي ، (ت٧٢٦هـ/١٣٢٥م) . **قواعد الأحكام** ،ط١،٣م،(تحقيق مؤسسة النشر)، مؤسسة النشر الإسلامي،قم،١٤١٣هـ .

- ــــ . **مختلف الشيعة** ، ط١ ،٩م ،(تحقيق لجنة التحقيق) ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤١٥هـ .

-ابن العماد الحنبلي ، عبد الحي ،(ت١٠٨٩هـ/١٦٧٨م) . **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، ط٢ ، ١٠م ، دار المسيرة ، بيروت ، ١٩٧٩م .

-عوده ، عبد القادر ، (١٤١٢هـ) ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقـانون الوضـعي** ، ط١٤ ، ٢م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

-الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، (ت٥٠٥هـ/١١١١م) . **الوجيز** ، ٢م ، مطبعـة الآداب والمؤيد ، مصر ، ١٣١٧هـ .

- ـــــ .**الوسيط في المذهب** ،ط١ ،٧م،(تحقيق أحمد محمود وغيره)، دار السلام ، القاهرة ،١٤١٧هـ .

-الفراهيدي ، الخليل بن أحمد ،(ت١٧٥هـ/٧٩١م) . **كتاب العين** ، ط٢ ، ٨م ، (تحقيق مهـدي المخزومي وغيره) ، مؤسسة دار الهجرة ، ١٤٠٩هـ .

-ابن فرحون ، إبراهيم بن علي بن فرحون ، **الديباج المذهب** ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

-ابن فهد الحلي ،(ت٨٤١هـ/١٤٣٧م) . **المهذب البارع** ، ٥م ، (تحقيق مجتبـى العراقـي) ، جامعة المدرسين ، قم ، ١٤١١هـ .

-الفيروزآبادي ، محمد بن يعقوب،(ت٨١٧هـ/١٤١٤م) .**القاموس المحيط** ،١م،مؤسسة الرسالة ، بيروت .

-ابن قاضي شهبة ، أحمد بن محمد ،(ت٨٥١هـ/١٤٤٧م) . **طبقـات الشـافعية** ، ط١ ، ٢م ، (تحقيق الحافظ عبد العليم خان) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٧هـ .

-ابن قدامة ، عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ/١٢٢٣م) . **المغني** ، ١٢م ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

- ـــــ . **روضة الناظر وجنة المناظر** ، ط٢ ، ١م ، (تحقيق عبد العزيز السعيد) ، جامعـة الإمام محمد ، الرياض ، ١٣٩٩هـ .

-القرشي ، عبد القادر بن أبي الوفا ، (ت٧٧٥هـ/١٧٣٤م) . **طبقات الحنفية** ، ١م ، مير محمد كتب خانه ، كراتشي .

-القرطبي ، محمد بن أحمد ،(ت٦٧١هـ/ ١٢٧٢م).**الجامع لأحكـام القـرآن**،٢٠م،دار إحيـاء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ .

-القشيري ، مسلم بن الحجاج ،(ت٢٦١هـ/٨٧٤م) . **صحيح مسلم** ،٨م،دار الفكر ، بيروت .

-قلعجي ، محمد رواد ،(١٤٠٨هـ) ، **معجم لغة الفقهاء** ، ط٢ ، ١م ، دار النفائس ، بيروت.

-القونوي ، قاسم بن عبد ا ،(ت٩٧٨هـ/١٥٧٠م) . **أنيس الفقهاء** ، ط١ ، ١م ،(تحقيق أحمد الكبيسي) ، دار الوفاء ، جدة ، ١٤٠٦هـ .

-الكاساني ، علاء الدين بن مسعود ، (ت٥٨٧هـ/١١٩١م) . **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ط١ ، ٧م ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٤٠٩هـ .

-كحالة ، عمر رضا ، (١٩٥٧م) ، **معجم المؤلفين** ، مطبعة الترقي ، دمشق .

-ابن ماجة ، محمد بن يزيد ، (ت٢٧٥هـ/٨٨٨م) . **سنن ابن ماجة** ، ٢م ، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ، دار الفكر ، بيروت .

-المباركفوري ، محمد بن عبد الرحمن ، (ت١٣٥٣هـ/١٩٢٩م) . **تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي** ، ط١ ، ١٠م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٠هـ .

-المرتضى ، أحمد بن يحيى ، (ت٨٤٠هـ/١٤٣٦م) . **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** ، ط١ ، ٥م ، مطبعة السنة المحمدية ومطبعة السعادة ، مصر ، ١٩٤٧م .

- ــــ . **شرح الأزهار** ، ٤م ، مكتبة غمضان ، صنعاء ، ١٤٠٠هـ .

-المرداوي ، علي بن سليمان ،(ت٨٨٥هـ/١٤٨٠م) ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، ١٢م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

-المزني ، إسماعيل بن يحيى ،(ت٢٦٤هـ/٨٧٧م) . **مختصر المزني** ، ١م ، دار المعرفة ، بيروت .

-المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ٢٠م ، دار الفكر ، بيروت .

-ابن مفلح المقدسي ، محمد ، (ت٧٦٢هـ/١٣٦٠م) . **الفروع** ، ط١ ، ٦م ، (تحقيق حازم القاضي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ .

- ــــ ، **الفروع** ، ٦م ، دار علام الكتب ، بيروت .

-المناوي ، محمد عبد الرؤوف ،(ت١٠٣١هـ/١٦٢١م) . **التعاريف** ، ط١ ، ١م ، (تحقيق محمد الداية) ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ودمشق ، ١٤٠١هـ .

-ابن منظور ، محمد بن مكرم (ت٧١١هـ/١٣١١م). **لسان العرب** ، ط١،١٥م،دار صادر، بيروت.

-النجفي ، محمد حسن ، (ت١٢٦٦هـ/١٨٤٩م) . **جواهر الكلام** ، ط٣ ، ٤٣م ، (تحقيق عباس القوجاني) ، دار الكتب الإسلامية ، آخوندي ، ١٣٦٢هـ .

-ابن نجيم ، إبراهيم بن محمد ،(ت ٩٦٩هـ/١٥٦١م) . **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ط٩،١م، (تحقيق زكريا عميرات)،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ .

-النسائي ، أحمد بن شعيب ، (ت٣٠٣هـ/٩١٥م) . **سنن النسائي** ، ط١ ، ٨م ، دار الفكـر ، بيروت ، ١٩٣٠م .

-النووي ، يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦هـ/١٢٧٧م) . **المجموع شـرح المهـذب** ، ٢٠م ، دار الفكر ، بيروت .

- ــ ــ ــ ــ. **روضة الطـالبين** ، ٨م ، (تحقيق عادل عبد الموجود وغيره) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

- ــ ــ ــ ــ . **شرح النووي على صحيح مسـلم** ، ط٢ ، ٩م ، دار إحياء التـراث ، بيـروت ، ١٣٩٢هـ .

-الهروي ، محمد بن أحمد الأزهري ،(ت٣٧٠هـ/٩٨٠م) . **الزاهر** ، ط١ ، ١ج ،(تحقيق محمد الألفي) ، وزارة الأوقاف ، الكويت ، ١٣٩٩هـ .

-الهندي ، عبد العزيز المليباري ،(٩٨٧هـ/١٥٧٩م) . **فتح المعين** ، ط١ ، ٤م ، دار الفكـر ، بيروت ، ١٤١٨هـ .

-الهيثمي ، نورالدين ، (٨٠٧هـ/١٤٠٤م) . **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، ١٠م ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٨م .

-ابن أبي يعلى ، محمد ،(ت٥٢١هـ/١١٢٧م) . **طبقات الحنابلة** ،٢م،دار المعرفة ، بيروت .

-أبو يعلى الموصلي ، أحمد بن علي ،(ت٣٠٧هـ/٩١٩م) . **مسند أبي يعلى الموصـلي** ، ١٣م ،(تحقيق حسين سليم) ، دار المأمون للتراث .

-أبو يوسف ، الأنصاري ، يعقوب بن إبراهيم (ت١٨٢هـ/٧٩٨م) . **كتـاب الآثـار** ،١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٥٥هـ .

الملاحق

ملحق الآيات القرآنية الكريمة

ت	نص الآية	السورة	الصفحة
١	﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾	البقرة / ١٩٤	٩١
٢	﴿ لِلْفُقَرَاء الَّذِينَ أُحصِرُواْ فِي سَبِيلِ اللّهِ لاَ يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الأَرْضِ ﴾	البقرة/٢٧٣	٤١/٣٨
٣	﴿ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾	النساء /٣٤	٢٣٣/١٩٢
٤	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾	المائدة / ٢	٧٠
٥	﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا ﴾	المائدة / ٣٨	٢٥٣
٦	﴿ لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ ﴾	المائدة/٩٤	٥٢
٧	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾	المائدة / ٩٥	٧٦/٦٩/٦٧/٥٩/٥٦/٥٤/٥٣/٢
٨	﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾	المائدة/٩٦	٥٨/٥٢
٩	﴿ فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ الصَّلاَةَ وَآتَوُاْ الزَّكَاةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْ ﴾	التوبة/٥	٣٥
١٠	﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾	التوبة /٩١	٢١٩/٥٦
١١	﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ ﴾	النحل /١٢٦	١٧
١٢	﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ﴾	الحج/٢٨	٨٦
١٣	﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ ﴾	الحج/٣٦	٨٦
١٤	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	الحج/٧٨	٤٥
١٥	﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاء ﴾	النـ ـور/٣٣	١٧

١٦	﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا ﴾	العنكبوت /٦٧	٨١
١٧	﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾	الشورى/٤٠	١٧
١٨	﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا ﴾	الحجرات/٩	٢٦١

ملحق الأحاديث النبوية الشريفة

ت	طرف الحديث النبوي	الصفحة
١	﴿ إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعاً ﴾	١٢٦
٢	﴿ إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ﴾	٣٢
٣	﴿ إذا جاءنا شيء أديناه ﴾	١٥٢
٤	﴿ إذا صلى أحدكم إلى شيء يستره من الناس ﴾	٣٣
٥	﴿ إذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فالربع﴾	٤٤
٦	﴿ الإسلام يجب ما قبله﴾	٤٩
٧	﴿ اغسلنها ثلاثا أو خمسا... بماء... ﴾	٣٢
٨	﴿الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن ﴾	١٣
٩	﴿ أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ﴾	٣٥
١٠	﴿ إن ا تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ﴾	٧٣
١١	﴿ إن ا إذا حرم على قوم أكل شئ حرم عليهم ثمنه ﴾	١٨٠
١٢	﴿ إن ا ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ﴾	١٨١/١٨٠
١٣	﴿ إن النبيﷺ ظهر على قوم قد غلوا في سبيل ا ، فلم يعاقبهم﴾	٣٤
١٤	﴿ أن دية جنينها عبد أو أمة ، وقضى بدية المرأة على ﴾	٢٢٥
١٥	﴿ إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ﴾	١٥٧
١٦	﴿ أهرق الخمر واكسر الدنان ﴾	١٨٠
١٧	﴿ اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، ثم استمتع بها ﴾	١٥٧/١٥٣
١٨	﴿ ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ﴾	١٥٤
١٩	﴿ حرم ا مكة فلم تحل لأحد قبلي ولا لأحد بعدي ﴾	٨١
٢٠	﴿ خذوا ساحل البحر حتى نلتقي ﴾	٦٨
٢١	﴿الخراج بالضمان ﴾	٩٢/١٤
٢٢	﴿ خففوا في الخرص فإن في المال العرية والوطية والأكلة﴾	٤٥
٢٣	﴿ خمس فواسق يقتلن في الحرم، الفأرة والعقرب والحديا﴾	٧٦
٢٤	﴿ رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون... ﴾	٢٠٨/٧٢
٢٥	﴿ العجماء جرحها جبار ﴾	٢٤/٢٠
٢٦	﴿على أهل الأموال حفظها بالنهار.. ﴾	١٨
٢٧	﴿ على اليد ما أخذت حتى تؤديه ﴾	٢٥٤/١٧٨/١٢٣
٢٨	﴿ فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن ا افترض عليهم صدقة﴾	٤٢

ملحق القواعد الفقهية

ملحق الأعلام

ت	الاسم	الصفحة
١	إبراهيم النخعي	١٢٦
٢	أحمد بن محمد الحموي	١٥
٣	إسحاق بن راهويه	١٦٢/٦٠
٤	الأوزاعي	١٦١/١٢٦
٥	البراء بن عازب	١٨
٦	أبو بكر الصديقﷺ	٢٦٣/٢٥٩/١٨٦
٧	أبو ثور	١٦٩/١٦١/٩٩
٨	أبو حامد الغزالي	١٥
٩	الحسن البصري	٢٥٨/١٦٢/١٢٦
١٠	الحسن بن زياد	٩٩
١١	أبو حنيفة	١٧٧/١٧٦/١٧٣/١٤٨/١١٧/١١٥/١٠٠/٩٩/٩٦/٩٤/٨٣/٥٤/٤٨/٤٥/٤٣/٣٨/ ٢٣٩/٢٣٦/٢٣٢/٢٣١/٢٣٠/٢١٩/٢١٠/٢٠٩/١٨١
١٢	زفر بن الهذيل	١٨٩/١٧٧/١٠٦/٩٩/٩٧/٨٥/٨٤/٦٨/٤٥/٤٤
١٣	زينب بنت رسول ا	٣٢
١٤	سعيد بن المسيب	١٨٤/٥٣
١٥	سفيان الثوري	١٦٢/١٢٦/٦٤
١٦	شريح الكندي	٩٧
١٧	ابن شهاب الزهري	٢٦٢/١٨٥/١٦١
١٨	طاوس بن كيسان	٢٥٨/٥٣
١٩	عائشةﷺ	١٢٧
٢٠	عامر الشعبي	١٦٢
٢١	العباس بن عبد المطلبﷺ	٨١
٢٢	عبد الرحمن المتولي	٧٥
٢٣	عبد الرحمن بن عوفﷺ	٢٢٣/١٨٥/٦٩
٢٤	عبد ا بن عباسﷺ	١٢٧/٥٥/٥٤/٥٣/٥٢
٢٥	عبد الملك بن الماجشون	٦٠
٢٦	أبو عبيد القاسم بن سلام	١٦١
٢٧	عثمان بن عفانﷺ	٢٢٣/٦٤/٥٣
٢٨	عطاء بن أبي رباح	١٦١/١٢٧/٧٤/٥٥
٢٩	أم عطية	٣٢

٣٠	علي بن أبي طالبﷺ	٢٤٩/١٦٢/١٦١/١٥٢/٩٧/٢٠
٣١	علي بن حبيب الماوردي	٦٣
٣٢	علي بن حزم الظاهري	٢٦٣/٢٦٢/٢١٦/١٨٥/٢١
٣٣	عمر بن الخطابﷺ	٢٦٣/٢٥٩/٢٢٣/١٨٦/١٦٢/٩٧/٦٩/٦٤/٥٣
٣٤	عمرو بن الحرثﷺ	٢٢
٣٥	العنبري	١٢٨
٣٦	القاضي أبو الطيب	٨٠
٣٧	القاضي حسين	١١٢
٣٨	قتادة السدوسي	١٢٨/٥٦
٣٩	أبو قتادةﷺ	٦٨
٤٠	ابن أبي ليلى	٢٣٨/١٤٤/١١٧/١٠٤/٨١
٤١	مالك بن أنس	٩٣/٥٤
٤٢	مجاهد بن جبر	٧٤/٥٣
٤٣	محمد بن إدريس الشافعي	٢٤٩
٤٤	محمد بن الحسن الشيباني	١٧٧/١٧٦/١٧٣/١٤٨/١١٥/١٠٠/٩٧/٩٣/٨٤/٧٠/٤٧/٤٤/٣٨
٤٥	محمد بن المواز	٤٣
٤٦	محمد بن رشد	٤٣
٤٧	محمد بن علي الشوكاني	١٥
٤٨	المزني	٣٤
٤٩	مصطفى الزرقاء	١٥
٥٠	مصطفى الزلمي	١٢
٥١	معاذ بن جبلﷺ	٢٥٨/٤٢/٤١
٥٢	أبو المعالي الجويني	١١٢
٥٣	أبو موسى الأشعريﷺ	٢٥٨
٥٤	أبو هريرةﷺ	٢٢٥/١٢٧
٥٥	وهبة الزحيلي	١٥
٥٦	يحيى بن شرف النووي	٨٢/٦٣
٥٧	أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم	١٧٣/١٤٨/١١٥/١١١/١٠٠/٩٧/٩٣/٨٣/٨٠/٦٨/٥٤/٤٧/٤٤/٤٣/٣٨ ٢٣٦/٢٣٥/٢١٨/٢١٠/٢٠٩/١٨١/١٧٧/١٧٦

PREVENTIVES GUARANTEE IN ISLAMIC JURISPRUDENCE

Prepared by

Mohmmad Mahmoud Dojan Al-emoush

Supervisor

Prof. Mohammad Al-Qodah

ABSTRACT

This study discussed the issue of warranty impediments in the Islamic *Figh*, in an attempt to disclose the cases that warrant cannot occur in many categories of Islamic *Figh*, starting from the financial part of worshippings through different types of contracts like financial compensations, donations, and trusts, also acts that harm properties like force, and forbidden matters, and what result of fighting fighters and tyranny, and what relates to civil affairs like marriage and divorce initiated by the wife, testimonies, declaration, and finally warranty impediments in case of felony on an individual and less, and warranty impediments in penalties (*hodood*) crimes, turn away of faith (*reddah*) and fighting tyrants.

In the Introductory Part, the researcher defined warranty impediments as of grammatical and technical aspects, then defined them as an additional component, and mentioned the evidences of their legitimacy from the holly Qur'an, *Sunnah*, unanimity, and sense. The researcher also showed the bases of warranty contract and the terms of each basis. Also, the researcher discussed the reasons of warranty, i.e., contract, occupancy, destruction, obstruction, aleatory contracts. The researcher also pointed out what warranty achieves : violation, harm .

In part one, the researcher discussed warranty impediments in case of destruction of property, and defined the concept of destroying property, and mentioned the terms of warranting the destruction of property .

Chapter one discussed warranty impediments from the financial aspect of worshippings, which were as follows : submission to allah's commands, absence of the meaning of warranty from the beginning, necessity case, existence of permission, non-aggression and non-negligence, the command of the ruler, turn away of faith and death, tendency to righteousness, permitted act, non-practice of an act, incapacity, coercion, intention to destruct, the return of the destructed to its previous case, infidelity. Un-necessity .

Chapter tow discussed warranty impediments in different types of contracts, which were as follows : non-aggression and non-negligence, buyer's acceptance of default, submission to allah's commands, loss of value of the destructed, existence of permission, the usual inevitable act, forward of custody to owners, permitted act, execution of Shari'a duty, the absence of meaning of warranty from the beginning, existence of ownership, incapacity, lack of warranted object by death, non- ownership unawareness, diligence, existence of excuse, existence of satisfaction, fidelity hand, contract invalidity, necessity case, coercion, doing what is in interest, non-approach of destruction, intention to preserve .

Chapter three discussed warranty impediments of acts harming properties, which were as follows : absence of right, lack of value for the extorted, vanishing of what necessitates warranty, non-practice of an act, non-aggression and non-negligence, existence of permission, incapacity, permission to act, non-approach of destruction, non-existence of reason for warranty .

Part tow discussed warranty impediments and penalties, and defined felony and penalty in grammatical and technical meaning, then mentioned the terms of warranting felony on a human being .

Chapter one discussed warranty impediments of felony on human being and less, which were as follows : incapacity, existence of permission,

non-aggression and non-negligence, the absence of meaning of warranty from the beginning, submission to Alla's commands, necessity case, non-practice of an act, non-aggression, combination with reason, existence of public interest, doing what is of interest, the return of the destructed to its previous case, legal self-defense, pardon for a felony .

Chapter tow discussed warranty impediments of penalties, turn away of faith, fighting tyrants, impediments were as follows : submission to Alla's commands, executing the penalty, existence of a public interest, existence of permission .

Then pointed out in the last part the most important conclusions of the study .